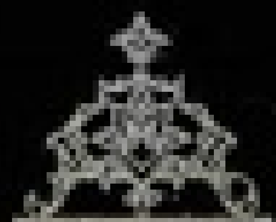


تراث الشيخ الأعظم

كتاب المكاسب

الشيخ الأعظم أستاذ الفقهاء والمجتهدين
الشيخ مرتضى الأنصاري قدس سره
١٢١٤ - ١٢٨١ هـ







إعداد
لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم

بسم الله الرحمن الرحیم

المكاسب المحرمه: توضيح لماذهب اليه الشيخ الانصارى قدس سره فى بيان مدلولها

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

سازمان تبليغات اسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

المکاسب المحرمه: توضیح لماذهب الیه الشیخ الانصاری قدس سره فی بیان مدلولها المجلد ۳

اشارة

سرشناسه : انصاری، محمدحسین
عنوان و نام پدیدآور : المکاسب المحرمه: توضیح لماذهب الیه الشیخ الانصاری قدس سره فی بیان مدلولها/ محمدحسین الانصاری
مشخصات نشر : قم‌الموتر العالمی بمناسبه الذکری المئویه الثانیه لمیلاد الشیخ الاعظم الانصاری، الامانه العامه.
تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۳.
مشخصات ظاهری : ص ۱۹
یادداشت : کتابنامه: ص. ۱۹
موضوع : انصاری، مرتضی‌بن محمدامین، ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴ق. -- کنگره‌ها
موضوع : اصول فقه شیعه
شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری. دبیرخانه
شناسه افزوده : سازمان تبلیغات اسلامی
رده بندی کنگره : BP۱۵۳/۵ /الف۸الف۸۲ ۱۳۷۳
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۹۲۴
شماره کتابشناسی ملی : م۷۴-۷۹۵۴

اشارة

قم ص. ب ۳۶۵۴ ۳۷۱۸۵ ت: ۷۴۴۸۱۰ الکتاب: کتاب المکاسب/ ج ۳ المؤلف: الشیخ الأعظم الشیخ مرتضی الأنصاری قدّس سرّه تحقیق: مجمع الفکر الإسلامی/ لجنة تحقیق التراث الطبعة: الاولی/ ربیع الثانی ۱۴۱۸ ه. ق صفّ الحروف: مجمع الفکر الإسلامی اللیتوغراف: نگارش قم المطبعة: مؤسّسة الهادی قم الکمیة المطبوعة: ۳۰۰۰ نسخة جمیع الحقوق محفوظة للأمانة العامة للمؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانیة لمیلاد الشیخ الأنصاری قدّس سرّه
کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵
بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ
الحمد للّه ربّ العالمین، و الصلاة و السلام علی محمّدٍ و آله الطاهرین، و لعنة اللّه علی أعدائهم أجمعین إلی یوم الدین.
کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۷

کتاب البیع

[فی معنی البیع]

[البیع لغة]

و هو فی الأصل کما عن المصباح «۱»-: مبادلة مالٍ بمال.

و الظاهر اختصاص المعوّض بالعین، فلا یعمّ إبدال المنافع بغیرها، و علیه استقرّ اصطلاح الفقهاء «۲» فی البیع «۳».

نعم، ربما يستعمل فى كلمات بعضهم «۴» فى نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثيرٍ من الأخبار، كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمة المدبّر «۵»، و بيع سكنى الدار التى لا يُعلم صاحبها «۶»، و كأخبار بيع الأرض الخراجية و شرائها «۷»، و الظاهر أنّها مسامحة فى التعبير، كما أنّ

---

(۱) المصباح المنير: ۶۹، مادّة: «بيع».

(۲) فى «ص» و نسخة بدل «ن»، «خ»، «م» و «ع» زيادة: فى تعيّن العوض و المعوّض.

(۳) لم ترد «فى البيع» فى «ف».

(۴) كالشيخ قدّس سرّه فى المبسوط ۶: ۱۷۲.

(۵) الوسائل ۱۶: ۷۴، الباب ۳ من أبواب التدبير، الأحاديث ۱، ۳ و ۴.

(۶) الوسائل ۱۲: ۲۵۰، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ۵.

(۷) الوسائل ۱۱: ۱۱۸، الباب ۷۱ من أبواب جهاد العدوّ، الحديث ۱ و ۶، و ۱۲: ۲۷۵، الباب ۲۱ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ۹ و ۱۰.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۸

لفظ الإجارة يستعمل عرفاً فى نقل بعض الأعيان، كالثمرة على الشجرة.

و أمّا العوض، فلا إشكال فى جواز كونها منفعة، كما فى غير موضع من القواعد «۱»، و عن التذكرة «۲» و جامع المقاصد «۳»، و لا يبعد عدم الخلاف فيه.

نعم، نُسب «۴» إلى بعض الأعيان «۵» الخلاف فيه؛ و لعلّه لما اشتهر فى كلامهم: من أنّ البيع لنقل «۶» الأعيان، و الظاهر إرادتهم بيان المبيع «۷»، نظير قولهم: إنّ الإجارة لنقل المنافع.

و أمّا عمل الحرّ، فإن قلنا: إنّه قبل المعاوضة عليه من الأموال، فلا إشكال، و إلّا ففيه إشكال؛ من حيث احتمال اعتبار كون العوضين فى البيع «مالًا» قبل المعاوضة؛ كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.

و أمّا الحقوق «۸»، فإن لم «۹» تقبل المعاوضة بالمال كحقّ الحضانة

---

(۱) القواعد ۱: ۱۳۶ و ۲۲۵.

(۲) التذكرة ۱: ۵۵۶ ۵۵۷ و ۲: ۲۹۲.

(۳) جامع المقاصد ۷: ۱۰۳.

(۴) نسبه الشيخ الكبير قدّس سرّه فى شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة ۴۸.

(۵) هو الوحيد البهبهانى قدّس سرّه فى رسالته العملية الموسومة ب «آداب التجارة» (انظر هداية الطالب: ۱۴۹).

(۶) فى غير «ف»: نقل.

(۷) فى «ش»: البيع.

(۸) فى غير «ش» زيادة: «الأُخر». قال الشهيدى فى شرحه (الصفحة ۱۴۹): الظاهر زيادة كلمة «الأُخر».

(۹) فى «ف»: فلو لم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۹

و الولاية «۱» فلا إشكال، و كذا لو لم تقبل النقل «۲»، كحقّ الشفعة، و حقّ الخيار؛ لأنّ البيع تمليك الغير.

و لا ينتقض «۳» ببيع الدين على من هو عليه؛ لأنّه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط؛ و لذا جعل الشهيد فى قواعده «الإبراء» مردّداً بين الإسقاط و التمليك «۴».

و الحاصل: أنّه يعقل أن يكون مالكاً لما «۵» فى ذمّته فيؤثّر تمليكه السقوط، و لا يعقل أن يتسلّط على نفسه. و السرّ: أنّ هذا «۶» الحقّ سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك، فإنّها نسبة بين المالك و المملوك، و لا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتّحاد المالك و المملوك عليه، فافهم.

و أمّا الحقوق القابلة للانتقال كحقّ التحجير و نحوه فهى و إن قبلت النقل و قوبلت بالمال فى الصلح، إلّا أنّ فى جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالًا، من أخذ المال فى عوضى المبايعة لغةً و عرفاً، مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضين و لِما يصحّ أن يكون اجرة فى الإجارة فى حصر الثمن فى المال.

---

(۱) عبارة «كحقّ الحضانة و الولاية» من «ش».

(۲) كذا فى «ف» و «ش» و نسخة بدل «ن»، «خ»، «م» و «ع»، و فى غيرها: الانتقال.

(۳) النقض من صاحب الجواهر، انظر الجواهر ۲۲: ۲۰۹.

(۴) القواعد و الفوائد ۱: ۲۹۱.

(۵) لم ترد «لما» فى «ش».

(۶) فى «ش» و هامش «ن»: مثل هذا.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۰

[تعاريف الفقهاء و المناقشة فيها]

اشارة

ثمّ الظاهر: أنّ لفظ «البيع» ليس له حقيقة شرعية و لا متشرّعية «۱»، بل هو باقٍ على معناه العرفى، كما سنوضّحه إن شاء اللّه، إلّا أنّ الفقهاء قد اختلفوا فى تعريفه، ففى المبسوط «۲» و السرائر «۳» و التذكرة «۴» و غيرها «۵»: «انتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضى».

و حيث إنّ فى هذا التعريف مسامحة واضحة، عدل آخرون «۶» إلى تعريفه ب: «الإيجاب و القبول الدالّين على الانتقال»، و حيث إنّ البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجرّداً أو بشرط قصد المعنى، و إلّا لم يعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه ب: «نقل العين بالصيغة المخصوصة» «۷».

و يرد عليه مع أنّ النقل ليس مرادفاً للبيع؛ و لذا صرّح فى التذكرة: بأنّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت»، و جعله من الكنايات «۸»،

---

(۱) فى «ف»: متشرّعة.

(۲) المبسوط ۲: ۷۶.

(۳) لم ترد «السرائر» فى غير «ف»، انظر السرائر ۲: ۲۴۰.

(۴) التذكرة ۱: ۴۶۲.

(۵) فى «ن»، «ع»، «ص» و «ش»: غيرهما، انظر القواعد ۱: ۱۲۳، و التحرير ۱: ۱۶۴.

(۶) منهم: المحقّق فی المختصر النافع: ۱۱۸، و الشهید فی الدروس ۳: ۱۹۱، و الفاضل المقداد فی التنقیح ۲: ۲۴.

(۷) جامع المقاصد ۴: ۵۵.

(۸) لم نعثر علیه بعینه، نعم فیه بعد ذکر شرط التصریح-: «عدم انعقاده بمثل: أدخلته فی ملکک أو جعلته لک»، انظر التذکرة ۱: ۴۶۲.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۱۱

و أنّ المعاطاة عنده «۱» بیع مع خلوّها عن الصیغة-: أنّ النقل بالصیغة أیضاً لا یعقل إنشاؤه بالصیغة.

و لا یندفع هذا: بأنّ المراد أنّ البیع نفس النقل الذی هو مدلول الصیغة، فجعله مدلول الصیغة إشارة إلی تعیین ذلک الفرد من النقل، لا أنّه «۲» مأخوذ فی مفهومه حتی یکون مدلول «بعت»: نقلت بالصیغة؛ لأنّه إن أُرید بالصیغة خصوص «بعت» لزم الدور؛ لأنّ المقصود معرفة مادة «بعت»، و إن أُرید بها ما یشمل «۳» «ملّکت» وجب الاقتصار علی مجرّد التملیک و النقل.

فالأولی تعریفه بأنّه: «إنشاء تملیک عین بمال»

اشارة

و لا یلزم علیه شی‌ء ممّا تقدّم.

نعم،

یبقی علیه أُمور:

منها: أنّه موقوف علی جواز الإیجاب بلفظ «ملّکت»

و إلّا لم یکن مرادفاً له «۴».

و یردّه: أنّه الحقّ کما سیجی‌ء «۵».

و منها: أنّه لا یشمل بیع الدین علی من هو علیه؛

لأنّ الإنسان لا یملک مالًا علی نفسه.

---

(۱) أی عند المحقّق الثانی، راجع جامع المقاصد ۴: ۵۸.

(۲) فی «ف»: لا لأنّه.

(۳) فی «ف»: یشتمل.

(۴) فی غیر «ش» و مصحّحة «ن»: لها.

(۵) یجی‌ء فی الصفحة ۱۵ و ۱۲۰.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۱۲

و فیه مع ما عرفت «۱» و ستعرف من تعقّل تملّک ما علی نفسه «۲» و رجوعه إلی سقوطه عنه، نظیر تملّک ما هو مساوٍ لما فی ذمّته، و سقوطه بالتهاتر-: أنّه لو لم یعقل التملیک لم یعقل البیع؛ إذ لیس للبیع لغةً و عرفاً معنی غیر المبادلة و النقل و التملیک و ما یساویها

من الألفاظ؛ و لذا قال فخر الدين: إنّ معنى «بعت» فى لغة العرب: «ملّكت غيرى» «۳»، فإذا لم يعقل ملكيّة «۴» ما فى ذمّة نفسه لم يعقل شىء ممّا يساويها، فلا يعقل البيع.

و منها: أنّه يشمل التمليك بالمعاطاة،

مع حكم المشهور، بل دعوى الإجماع على أنّها ليست بيعاً «۵».

و فيه: ما سيجىء من كون المعاطاة بيعاً «۶»؛ و أنّ «۷» مراد النافين نفى صحّته.

و منها: صدقه على الشراء؛

فإنّ المشترى بقبوله للبيع يملّك ماله بعوض المبيع.

---

(۱) راجع الصفحة ۹، قوله: «و الحاصل: أنّه يعقل ..».

(۲) فى «ف»: «ما فى ذمّة نفسه». و فى مصحّحة «ن» و نسخة بدل «ش»: ما فى ذمّته.

(۳) قاله فى شرح الإرشاد، على ما حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۵۲.

(۴) فى «ف»: ملكيّته.

(۵) كما ادّعاه ابن زهرة فى الغنية: ۲۱۴.

(۶) يأتى فى الصفحة ۴۰.

(۷) فى «ش»: لأنّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۳

و فيه: أنّ التمليك فيه ضمنىّ، و إنّما حقيقته التملّك بعوض؛ و لذا لا يجوز الشراء بلفظ «ملّكت»، تقدّم على الإيجاب أو تأخّر. و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين «۱»؛ حيث إنّ الاستئجار يتضمّن تمليك العين بمالٍ، أعنى: المنفعة.

و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمالٍ، و بالهبة المعوّضة.

و فيه: أنّ حقيقة الصلح و لو تعلّق بالعين ليس هو التمليك على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الأصلى هو التسالم؛ و لذا لا يتعدّى بنفسه إلى المال. نعم، هو متضمّن للتمليك إذا تعلّق بعينٍ، لا أنّه نفسه.

و الذى يدلّك على هذا: أنّ الصلح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعة، فيفيد التمليك. و قد يتعلّق بالانتفاع به «۲»، فيفيد فائدة العارية، و هو مجرّد التسليط «۳»، و قد يتعلّق بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال، و قد يتعلّق بتقرير أمرٍ بين المتصالحين كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه: «صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك» فيفيد مجرّد التقرير.

فلو كانت «۴» حقيقة الصلح هى عين كلٍّ من «۵» هذه المفاداة الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظيّاً، و هو واضح البطلان، فلم يبقَ إلّا أن يكون مفهومه معنىً آخر، و هو التسالم، فيفيد فى كلِّ موضع «۶» فائدة من

---

(۱) لم ترد «بعين» فى «ف».

(۲) لم ترد «به» فى غير «ف».

(۳) فى «ف»: التسلّط.

(۴) فی غیر «ش»: کان.

(۵) لم ترد «کلٍّ من» فی «ف».

(۶) فی هامش «ف» زیادهٔ: من المواضع.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۱۴

الفوائد المذکورهٔ بحسب ما یقتضیه متعلّقه.

فالصلح علی العین بعوضٍ: تسالمٌ علیه «۱»، و هو یتضمّن التملیک، لا أنّ مفهوم الصلح فی خصوص هذا المقام و حقیقته هو إنشاء التملیک، و من هنا لم یکن طلبه من الخصم إقراراً «۲»، بخلاف طلب التملیک.

و أمّا الهبهٔ المعوّضهٔ و المراد بها هنا: ما اشترط فیها «۳» العوض فلیست إنشاء تملیکٍ بعوض علی جههٔ المقابلهٔ، و إلّا لم یعقل تملّک أحدهما لأحد العوضین من دون تملّک الآخر للآخر «۴»، مع أنّ ظاهرهم عدم تملّک العوض بمجرّد تملّک الموهوب الهبهٔ «۵»، بل غایهٔ الأمر أنّ المتّهب لو لم یؤدِّ العوض کان للواهب الرجوع فی هبته، فالظاهر أنّ التعویض المشترط فی الهبهٔ کالتعویض الغیر المشترط فیها فی کونه تملیکاً «۶» مستقلا یقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقیقهٔ المعاوضهٔ و المقابلهٔ مقصودهٔ فی کلٍّ من العوضین؛ کما یتّضح ذلک بملاحظهٔ التعویض الغیر المشترط فی ضمن «۷» الهبهٔ الاولی «۸».

---

(۱) فی «ف» زیادهٔ: به.

(۲) فی «ش» زیادهٔ: له.

(۳) فی «ص»: فیه.

(۴) لم ترد «للآخر» فی «ف».

(۵) فی «ش» و «م» و نسخهٔ بدل «ن»، «خ» و «ع»: بالهبهٔ.

(۶) فی «ف»: تملّکاً.

(۷) فی «ف» بدل «ضمن»: إنشاء.

(۸) فی غیر «ف» و «ش» زیادهٔ ما یلی: «و ممّا ذکرنا تقدر علی إخراج القرض من التعریف؛ إذ لیس المقصود الأصلی منه المعاوضهٔ و المقابلهٔ، فتأمّل»، لکن شطب علیها فی «م» و کتب علیها فی «ن»: زائد.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۱۵

فقد تحقّق ممّا ذکرنا: أنّ حقیقهٔ تملیک العین بالعوض لیست إلّا البیع، فلو قال: «ملّکتک کذا بکذا» کان بیعاً، و لا یصحّ صلحاً و لا هبهٔ معوّضهٔ و إن قصدهما؛ إذ التملیک علی جههٔ المقابلهٔ الحقیقیّهٔ لیس صلحاً، و لا هبهٔ، فلا یقعان به.

نعم، لو قلنا بوقوعهما بغیر الألفاظ الصریحهٔ توجّه تحقّقهما مع قصدهما، فما قیل من أنّ البیع هو الأصل فی تملیک الأعیان بالعوض، فیقدّم علی الصلح و الهبهٔ المعوّضهٔ «۱»، محلّ تأمّل، بل منع؛ لما عرفت من أنّ تملیک الأعیان بالعوض هو البیع لا غیر.

نعم، لو اتی بلفظ «التملیک بالعوض» و احتمل إرادهٔ غیر حقیقته کان [مقتضی «۲»] الأصل اللفظی حمله علی المعنی الحقیقی، فیحکم بالبیع، لکنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنی لیس مراد القائل المتقدّم، و سیجیء توضیحه فی مسألهٔ المعاطاهٔ فی غیر البیع إن شاء اللّه «۳».

بقی «۴» القرض داخلًا فی ظاهر الحدّ،

و یمکن إخراجه بأنّ مفهومه لیس نفس المعاوضهٔ، بل هو تملیک علی وجه ضمان المثل «۵» أو القیمهٔ، لا معاوضهٔ للعین بهما؛ و لذا

لا يجرى فيه ربا المعاوضة «۶»، و لا الغرر

(۱) انظر الجواهر ۲۲: ۲۴۶.

(۲) لم ترد «مقتضى» فى النسخ، إلّا أنّها زيدت فى «ن»، «ص» و «ش» تصحيحاً أو استظهاراً.

(۳) يجىء فى الصفحة ۹۱ عند قوله: الخامس فى حكم جريان المعاطاة ..

(۴) فى «ف» و «ن»: و بقى.

(۵) فى «ف»: الضمان للمثل.

(۶) فى «ف»: المعاوضات.

المنفى فيها، و لا ذكر العوض، و لا العلم به، فتأمّل «۱».

ثمّ إنّ ما ذكرنا، تعريفٌ للبيع المأخوذ فى صيغة «بعت» و غيره «۲» من المشتقّات،

و يظهر من بعض من قارب عصرنا «۳» استعماله فى معانٍ أُخر غير ما ذكر «۴»:

أحدها: التمليك المذكور، لكن «۵» بشرط تعقّبه بتملّک المشترى،

و إليه نظر بعض مشايخنا «۶»، حيث أخذ قيد التعقّب «۷» بالقبول «۸» فى تعريف البيع المصطلح؛ و لعلّه لتبادر التمليک المقرون بالقبول من اللفظ، بل و صحّة السلب عن المجرّد؛ و لهذا لا يقال: «باع فلان ماله»، إلّا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، و يستفاد من قول القائل: «بعت مالى»، أنّه اشتراه غيره، لا أنّه أوجب «۹» البيع فقط.

(۱) عبارة «بقى القرض إلى فتأمّل» لم ترد فى «خ»، و كتب عليها فى غير «ف» و «ش»: «زائد»، و قد تقدّم (فى الصفحة ۱۴، الهامش ۸) زيادة عبارةٍ عن بعض النسخ ترتبط بإخراج القرض، و الظاهر أنّ المؤلف قدّس سرّه كتب أوّلًا تلك العبارة ثمّ أعرض عنها و بيّنها هنا بلفظٍ أوفى، فصار ذلک منشأً لاختلاف النسخ.

(۲) فى «ف»: غيرها.

(۳) انظر مقابس الأنوار: ۱۰۷ (كتاب البيع)، و ۲۷۵ (كتاب النكاح).

(۴) عبارة «غير ما ذكر» من «ف» و «ش» و مصحّحة «ن».

(۵) فى «ف»: لكنّه.

(۶) لم نعثر عليه، و لعلّه المحقّق النراقى، انظر المستند ۲: ۳۶۰.

(۷) فى «ف»: التعقيب.

(۸) فى غير «ش» زيادة: «مأخوذاً»، و شطب عليها فى «ن».

(۹) فى «ف»: وجب.

الثانى: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول،

و هو الانتقال، كما يظهر من المبسوط «۱» و غيره «۲».

الثالث: نفس العقد المركّب من الإيجاب و القبول،

و إليه ينظر من عرّف البيع بالعقد «۳». قال «۴»: بل الظاهر اتّفاقهم على إرادة هـذا المعنى فى عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجارة و شبهها التى ليست هى فى الأصل «۵» اسماً لأحد طرفى العقد «۶».

[المناقشة فى هذه الاستعمالات]

أقول: أمّـا البيع بمعنى الإيجـاب المتعقّب للقبول، فالظـاهر أنّه ليس مقابلًا للأوّل، و إنّما هو فردٌ انصـرف إليه اللفظ فى مقام قيام القرينة على إرادة الإيجـاب المثمر؛ إذ لاـ ثمرة فى الإيجـاب المجرّد، فقـول المخبـر: «بعـت»، إنّمـا أراد الإيجـاب المقيّـد، فالقيـد مسـتفاد من الخارج، لا أنّ البيع مسـتعمل فى الإيجاب المتعقّب للقبول، و كذلك لفظ «النقل» و «الإبدال» و «التمليك» و شبهها، مع أنّه لم يقل «۷» أحد بأنّ تعقّب القبول له دخل فى معناها.

نعم، تحقّق القبول شرط للانتقال فى الخارج، لا فى نظر الناقل؛ إذ

---

(۱) المبسوط ۲: ۷۶.

(۲) السرائر ۲: ۲۴۰.

(۳) مثل الحلبى فى الكافى: ۳۵۲، و ابن حمزة فى الوسيلة: ۲۳۶، و اختاره العلّامة فى المختلف ۵: ۵۱.

(۴) أى بعض من قارب عصر المؤلّف قدّس سرّه، المشار إليه آنفاً.

(۵) لم ترد «هى فى الأصل» فى «ف».

(۶) انظر مقابس الأنوار: ۱۰۷ و ۲۷۵.

(۷) فى «ف»: لم ينقل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۸

لا ينفكّ التأثير عن الأثر «۱»، فالبيع و ما يساويه معنىً من قبيل الإيجاب و الوجوب، لا الكسر و الانكسار كما تخيّله بعض «۲» فتأمّل. و منه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور فى معنى البيع المصطلح، فضلًا عن أن يجعل أحد معانيها «۳».

و أمّـا البيع بمعنى الأثر و هو الانتقال، فلم يوجـد فى اللغـة و لا فى العرف «۴»، و إنّمـا وقع فى تعريف جماعـة تبعاً للمبسوط «۵». و قد يوجّه «۶»: بأنّ المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنىّ للمفعول، أعنى: «المبيعيّة»، و هو تكلّف حسن.

و أمّا البيع بمعنى العقد، فقد صرّح الشهيد الثانى رحمه اللّه: بأنّ إطلاقه عليه مجاز؛ لعلاقة السببية «۷».

و الظاهر أنّ المسبّب هو الأثر الحاصل فى نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقـد، لا النقل الحاصل من فعل الموجِب؛ لما عرفت من أنّه حاصل بنفس إنشاء الموجِب من دون توقّف على شـيءٍ، كحصول وجوب الضـرب فى نظر الآمر «۸» بمجرّد الأمر و إن لم يَصـر واجباً فى

---

(۱) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن»، و قد وردت العبارة فى سائر النسخ مع اختلاف غير مخلّ فى التقديم و التأخير.

(۲) المراد به ظاهراً الشيخ أسد اللّه التسترى، راجع مقابس الأنوار: ۱۰۷.

(۳) كذا فى النسخ، و المناسب: معانيه.

(۴) العبارة فى «ف» هكذا: فلم يوجد له أثر فى اللغة و لا العرف.

(۵) راجع الصفحة ۱۰.

(۶) وجّهه المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ۲۷۴.

(۷) المسالك ۳: ۱۴۴.

(۸) فى «ف»: فى نفس الآمر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۹

الخارج «۱» فى نظر غيره.

و إلى هـذا نظر جميع مـا ورد فى النصوص و الفتـاوى من قولهم: «لزم البيع»، أو «وجب»، أو «لاـ بيع بينهمـا»، أو «أقـاله فى البيع» و نحو ذلك.

و الحاصـل: أنّ البيع الـذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصـدر مع اعتبار تحقّقه فى نظر الشارع، المتوقّف على تحقّق الإيجاب و القبول، فإضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانيّة؛ و لذا يقال: «انعقد البيع»، و «لا ينعقد البيع».

[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم]

ثمّ إنّ الشـهيد الثانى نصّ فى «كتاب اليمين» من المسالك على أنّ عقـد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصـحيح، مجاز فى الفاسد؛ لوجود خواصّ الحقيقة و المجاز، كالتبادر و صحّة السلب. قال: و مِن ثَمّ حُمل «۲» الإقرار به عليه، حتى لو ادّعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً، و لو كان مشتركاً بين الصـحيح و الفاسد لقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة، و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعمّ من الحقيقة «۳»، انتهى.

و قال الشهيد الأوّل «۴» فى قواعده: الماهيّات الجعليّة كالصـلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلّا الحجّ؛ لوجوب المضـىّ فيه «۵»، انتهى. و ظاهره إرادة الإطلاق الحقيقى.

و يشكل ما ذكراه بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسّك

---

(۱) لم ترد «فى الخارج» فى «ف»، و شطب عليها فى «ن».

(۲) فى غير «ش»: «قبل»، و صحّح فى أكثر النسخ بما فى المتن.

(۳) المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۱۵۹.

(۴) لم ترد «الأوّل» فى «ف».

(۵) القواعد و الفوائد ۱: ۱۵۸.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۰

بإطلاـق نحو وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ «۱»، و إطلاقات «۲» أدلّـة سائر العقود فى مقام الشكّ فى اعتبار شـىءٍ فيها، مع أنّ سـيرة علماء الإسـلام التمسّك بها فى هذه المقامات.

نعم، يمكن أن يقـال: إنّ الـبيع و شـبهه فى العرف إذا اسـتعمل فى الحاصـل من المصـدر الـذى يراد من قـول القائـل «۳»: «بعت» عند الإنشاء، لا يسـتعمل حقيقة إلّا فى ما كان صـحيحاً مؤثّراً و لو فى نظر القائل «۴»، ثمّ إذا كان مؤثّراً فى نظر الشارع كان بيعاً عنـده، و إلّا كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف.

فالبيع الذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشـرع حقيقة فى الصـحيح المفيد للأثر، و مجاز فى غيره، إلّا أنّ

الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف فى نظر العرف و الشرع.

و أمّا وجه تمسّك العلماء بإطلاق أدلّة البيع و نحوه؛ فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف، حمل لفظ «البيع» و شبهه فى الخطابات الشرعيّة على ما هو الصحيح المؤثّر عند العرف، أو على المصدر الذى يراد من لفظ «بعت»، فيستدلّ بإطلاق الحكم بحلّه أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثّراً فى نظر الشارع أيضاً، فتأمّل فإنّ للكلام محلّا آخر.

---

(۱) البقرة: ۲۷۵.

(۲) فى «ف»: إطلاق.

(۳) كلمة «القائل» من «ش» و مصحّحة «ن».

(۴) فى «ف»: «نظر الفاعل»، و فى «ش»: «نظرهم»، و فى سائر النسخ جُمع بين ما أثبتناه و ما فى «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۱

[الكلام فى المعاطاة]

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۳

الكلام فى المعاطاة

[البحث فى حقيقة المعاطاة صورها]

اعلم أنّ المعاطاة على ما فسّره جماعة «۱»-: أن يعطى كلٌّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر، و هو يتصوّر على وجهين:

أحدهما: أن يبيح كلٌّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه، من دون نظر إلى تمليكه.

الثانى: أن يتعاطيا على وجه التمليك.

و ربما يذكر وجهان آخران «۲»:

أحدهما: أن يقع النقل «۳» من غير قصد البيع و لا تصريحٍ بالإباحة المزبورة، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه «۴» الآخر إليه.

الثانى: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.

---

(۱) منهم المحقّق الثانى فى حاشية الإرشاد (مخطوط): ۲۱۵، و الشهيد الثانى فى الروضة البهيّة ۳: ۲۲۲، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ۱: ۵۱۰.

(۲) ذكره صاحب الجواهر فى الجواهر ۲۲: ۲۲۶ و ۲۲۷.

(۳) فى «ن»: الفعل.

(۴) كذا فى النسخ، و المناسب: «فيدفعه»، كما فى مصحّحة «ع».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۴

و يردّ الأوّل: بامتناع خلوّ الدافع «۱» عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الإباحة، أو العارية، أو الوديعة، أو القرض، أو غير ذلك من العنوانات الخاصّة.

و الثانى: بما تقدّم فى تعريف البيع «۲»: من أنّ التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع، لا غير.

نعم، يظهر من غير واحدٍ منهم «۳» فى بعض «۴» العقود كبيع لبن الشاة مدّةً، و غير ذلك-: كون التمليك المطلق أعمّ من البيع.

[حكم المعاطاة و أقوال العلماء فى ذلك]

ثمّ إنّ المعروف بين علمائنا فى حكمها: أنّها مفيدة لإباحة التصرّف «۵»، و يحصل الملك بتلف إحدى العينين، و عن المفيد «۶» و بعض العامّة «۷»: القول بكونها لازمة كالبيع، و عن العلّامة رحمه اللّه فى النهاية

---

(۱) فى نسخة بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: الواقع.

(۲) تقدّم فى الصفحة ۱۵.

(۳) انظر المختلف ۵: ۲۴۹، و الدروس ۳: ۱۹۷، و جامع المقاصد ۴: ۱۱۰.

(۴) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ بدل «فى بعض»: كون بعض.

(۵) كما سيأتى عن الحلبى، و الشيخ، و ابن زهرة، و ابن إدريس، و العلّامة فى التذكرة.

(۶) نقله عنه المحقّق الثانى فى حاشية الإرشاد (مخطوط): ۲۱۶، و فيه: «خلافاً للمفيد رحمه اللّه فإنّه جعلها كالعقد»، و نسبه فى جامع المقاصد (۴: ۵۸) إلى ظاهر عبارة المفيد، و نحوه فى مجمع الفائدة (۸: ۱۴۲). و فى الجواهر (۲۲: ۲۱۰): «اشتهر نقل هذا عن المفيد»، و لكن قال بعد أسطر: «و ليس فيما وصل إلينا من كلام المفيد تصريح بما نسب إليه».

(۷) حكاه صاحب الجواهر فى الجواهر (۲۲: ۲۱۰) عن أحمد و مالك، و أُنظر المغنى لابن قدامة ۳: ۵۶۱، و المجموع ۹: ۱۹۱.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۵

احتمال كونها بيعاً فاسداً فى عدم إفادتها لإباحة التصرّف «۱».

و لا بدّ أوّلًا من ملاحظة أنّ النزاع فى المعاطاة المقصود بها الإباحة، أو فى المقصود بها التمليك؟

الظاهر من الخاصّة و العامّة هو المعنى الثانى.

و حيث إنّ الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا- يجامع ظاهراً قصد التمليك من المتعاطيين، نزّل المحقّق الكركى الإباحة فى كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، و أنّه يلزم بذهاب إحدى العينين، و حقّق ذلك فى شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه «۲».

لكن بعض المعاصرين لمّا استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محلّ النزاع هى المعاطاة المقصود بها مجرّد الإباحة، و رجّح بقاء الإباحة فى كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، و نزّل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه، و طعن على من جعل محلّ النزاع فى المعاطاة بقصد التمليك، قائلًا: إنّ القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة، فضلًا عن أعاظم الأصحاب و كبرائهم «۳».

و الإنصاف: أنّ ما ارتكبه المحقّق الثانى فى توجيه الإباحة بالملك المتزلزل، بعيد فى الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ فى

---

(۱) نهاية الإحكام ۲: ۴۴۹.

(۲) جامع المقاصد ۴: ۵۸، حاشية الإرشاد (مخطوط): ۲۱۶.

(۳) الجواهر ۲۲: ۲۲۴ ۲۲۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۶

المبسوط، و الخلاف «۱»، و الحلى فى السرائر «۲»، و ابن زهرة فى الغنية «۳»، و الحلبى فى الكافى «۴»، و العلّامة فى التذكرة و غيرها «۵»، بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم الملك كما ستعرف إلّا أنّ جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التمليك أبعد منه، بل

لا يكاد يوجد فى كلام أحدٍ منهم ما يقبل «۶» الحمل على هذا المعنى.

و لننقل أوّلًا كلمات جماعة ممّن ظفرنا على كلماتهم؛ ليظهر منه بُعد تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقّق الكركى «۷» و أبعديّة جعل محلّ الكلام فى كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرّد إباحة التصرّفات دون التمليك «۸»، فنقول و باللّه التوفيق:

قال «۹» فى الخلاف: إذا دفع قطعة إلى البقلى أو الشارب، فقال: أعطنى بها بقلًا أو ماءً، فأعطاه، فإنّه لا يكون بيعاً و كذلك سائر المحقّرات و إنّما يكون إباحة له، فيتصرّف كلٌّ منهما فى ما أخذه تصرّفاً

---

(۱) المبسوط ۲: ۸۷، الخلاف ۳: ۴۱، كتاب البيوع، المسألة ۵۹.

(۲) السرائر ۲: ۲۵۰.

(۳) الغنية: ۲۱۴.

(۴) الكافى فى الفقه: ۳۵۲ ۳۵۳.

(۵) التذكرة ۱: ۴۶۲. و انظر المختلف ۵: ۵۱، و الإرشاد ۱: ۳۵۹، و القواعد ۱: ۱۲۳.

(۶) العبارة فى «ف» هكذا: بل لا يكاد يوجد كلام منهم يقبل ..

(۷) تقدّم عنه فى الصفحة السابقة.

(۸) فى «ف» زيادة: كما صنعه بعض المعاصرين.

(۹) فى «ف»: قال الشيخ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۷

مباحاً من دون أن يكون ملكه؛ و فائدة ذلك: أنّ البقلى إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك؛ لأنّ الملك لم يحصل لهما؛ و به قال الشافعى.

و قال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً و إن لم يحصل «۱» الإيجاب و القبول. و قال ذلك فى المحقّرات، دون غيرها.

دليلنا: إنّ العقد حكم شرعى، و لا دلالة فى الشرع على وجوده هنا «۲»، فيجب أن لا يثبت، و أمّا الإباحة بذلك، فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها «۳»، انتهى.

و لا يخفى صراحة «۴» هذا الكلام فى عدم حصول الملك، و فى أنّ محلّ الخلاف بينه و بين أبى حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجرّدة، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفيّة؛ حيث إنّه بعد تفسير البيع ب: «مبادلة مال بمال» قال: و ينعقد بالإيجاب و القبول، و بالتعاطى «۵»، «۶» و أيضاً، فتمسّكه بأنّ العقد حكمٌ شرعىّ، يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعيّة، و إلّا لكان الأولى، بل المتعيّن: التعليل به؛ إذ مع انتفاء حقيقة

---

(۱) فى «ش» و المصدر: لم يوجد.

(۲) فى «ف» و المصدر: ها هنا.

(۳) الخلاف ۳: ۴۱، كتاب البيوع، المسألة ۵۹.

(۴) فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «ظهور»، و فى نسخة بدلها: صراحة.

(۵) فى «ف»: و التعاطى.

(۶) انظر الفتاوى الهندية ۳: ۲، و فيه بعد التعريف المذكور-: و أمّا ركنه، فنوعان: أحدهما الإيجاب و القبول، و الثانى التعاطى و هو

الأخذ و الإعطاء.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۸

البيع لغةً و عرفاً لا معنى للتمسّك بتوقيفيّة «۱» الأسباب الشرعية، كما لا يخفى.

و قال فى السرائر بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول و اعتبار تقدّم الأوّل على الثانى ما لفظه: فإذا دفع قطعة إلى البقلى أو إلى الشارب، فقال: «أعطنى»، فإنّه لا يكون بيعاً و لا عقداً؛ لأنّ الإيجاب و القبول ما حصلا، و كذلك سائر المحقّرات، و سائر الأشياء محقّراً كان أو غير محقّر، من الثياب و الحيوان أو غير ذلك، و إنّما يكون إباحة له، فيتصرّف كلّ منهما فى ما أخذه تصرّفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه أو دخل فى ملكه، و لكلٍّ منهما أن يرجع فى ما بذله؛ لأنّ الملك لم يحصل لهما، و ليس ذلك من العقود الفاسدة؛ لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرّف فيما صار إلى كلّ واحدٍ منهما، و إنّما ذلك على جهة الإباحة «۲»، انتهى.

فإنّ تعليله «۳» عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدلّ على أن ليس المفروض «۴» ما لو لم يقصد التمليك، مع أنّ ذكره فى حيّز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا، و لا ينافى ذلك «۵» قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسدة .. إلخ «۶»» كما لا يخفى.

---

(۱) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: «بتوقّفه على»، إلّا أنّه صحّح فى «ن» و «ع» بما فى المتن.

(۲) السرائر ۲: ۲۵۰.

(۳) فى «ف»: تعليل.

(۴) فى ظاهر «ف»: المقصود.

(۵) لم ترد «ذلك» فى «ف».

(۶) لم ترد «إلخ» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۹

و قال فى الغنية بعد ذكر الإيجاب و القبول فى عداد شروط صحّة انعقاد البيع، كالتراضى و معلوميّة العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكلٍّ «۱» من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه:

و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول؛ تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشترى، و الإيجاب من البائع، بأن يقول: «بعنيه بألف»، فيقول: «بعتك بألف»؛ فإنّه لا ينعقد بذلك، بل لا بدّ أن يقول المشترى بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت» حتى ينعقد، و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلى قطعة و يقول: «أعطنى بقلًا»، فيعطيه؛ فإنّ ذلك ليس ببيع، و إنّما هو إباحة للتصرّف.

يدلّ على ما قلناه: الإجماع المشار إليه؛ و أيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّة العقد به، و ليس على صحّته بما عداه دليل، و لما ذكرنا نهى «۲» صلّى اللّه عليه و آله و سلم عن بيع «المنابذة» و «الملامسة»، و عن بيع «الحصاة» على التأويل الآخر، و معنى ذلك: أن يجعل اللمس بشيءٍ «۳»، و النبذ له، و إلقاء الحصاة بيعاً موجباً «۴»، انتهى.

فإنّ دلالة هذا الكلام على أنّ المفروض قصد المتعاطيين التمليك «۵»، من وجوه متعدّدة

---

(۱) فى غير «ش»: لكلّ.

(۲) فى «ف»: نهى النبىّ.

(۳) كذا فى النسخ، و الأصحّ: «للشىء»، كما فى المصدر.

(۴) الغنية: ۲۱۴.

(۵) فی «ف»: التملّک.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۰

منها: ظهور أدلّته «۱» الثلاثة فی ذلک.

و منها: احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحوٍ واحد.

و قال فی الكافی بعد ذكر أنّه يشترط فی صحّة «۲» البيع أُمورٌ ثمانية ما لفظه: و اشتراط «۳» الإيجاب و القبول؛ لخروجه من دونهما عن حكم البيع إلى أن قال-: فإن اختلّ شرط من هذه لم ينعقد البيع، و لم يستحقّ التسليم و إن جاز التصرّف مع إخلال بعضها؛ للتراضی، دون عقد البيع، و يصحّ معه الرجوع «۴»، انتهى.

و هو فی الظهور قريب من عبارة الغنية.

و قال المحقّق رحمه اللّه فی الشرائع: و لا يكفی التقابض من غير لفظٍ و إن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادة البيع «۵»، انتهى.

و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد «۶» به البيع، بل للتنبيه على أنّه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.

و قال فی التذكرة فی حكم الصيغة: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ منها، فلا يكفی التعاطی فی الجليل و الحقير، مثل «أعطنی بهذا الدينار ثوباً»

---

(۱) كذا فی «خ»، «ش» و نسخة بدل «ع» و ظاهر «ف»، و فی سائر النسخ: أدلّة.

(۲) لم ترد «صحّة» فی «ف».

(۳) فی غير «ف»: و اشترط.

(۴) الكافی فی الفقه: ۳۵۲ ۳۵۳.

(۵) الشرائع ۲: ۱۳.

(۶) فی «ف»: لما يُقصد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۱

فيعطيه ما يرضيه، أو يقول «۱»: «خذ هذا الثوب بدينار» فيأخذه. و به قال الشافعی مطلقاً؛ لأصالة بقاء الملک، و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. و عن «۲» بعض الحنفية و ابن شريح فی الجليل. و قال أحمد: ينعقد مطلقاً. و نحوه قال مالک، فإنّه قال: ينعقد «۳» بما يعتقده «۴» الناس بيعاً «۵»، انتهى «۶».

و دلالته على قصد المتعاطيين للملک لا يخفى من وجوه، أدونها: جعل مالک موافقاً لأحمد فی الانعقاد من جهة أنّه قال: ينعقد بما يعتقده «۷» الناس بيعاً.

و قال الشهيد فی قواعده بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلی مقام السبب القولی، و ذكر أمثلة لذلک ما لفظه: و أمّا المعاطاة فی المبايعات، فهی تفيد الإباحة لا الملک و إن كان فی الحقير عندنا «۸»، انتهى «۹». و دلالتها على قصد المتعاطيين للملک ممّا لا يخفى.

---

(۱) كذا فی «ش» و «ص» و المصدر، و فی «ف»: «و بقوله»، و فی سائر النسخ: أو بقوله.

(۲) لم ترد «عن» فی «ف» و المصدر.

(۳) فی «ف» و نسخة بدل «م» و «ع»: يبيع.

(۴) فی غير «ش»: يقصده.

(۵) لم ترد «بيعاً» فی «ف».

(۶) التذكرة ۱: ۴۶۲.

(۷) تقدّم آنفاً اختلاف النسخ فی هذه العبارهٔ، انظر الهامش ۳ و ۴.

(۸) القواعد و الفوائد ۱: ۱۷۸، القاعدهٔ ۴۷.

(۹) کلمهٔ «انتهی» من «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۳۲

هـذا کلّه، مع أنّ الواقع فی أیـدی الناس هی المعاطاهٔ بقصـد التملیک، و یبعـد فرض الفقهاء من العامّـهٔ و الخاصّهٔ الکلام فی غیر ما هو الشائع بین الناس، مع أنّهم صرّحوا بإرادهٔ المعاملهٔ المتعارفهٔ بین الناس.

ثمّ إنّـک قـد عرفت ظهور أکثر العبـارات المتقدّمـهٔ فی عـدم حصول الملـک، بـل صـراحهٔ بعضـها، کالخلاف و السـرائر و التـذکرهٔ و القواعد.

و مع ذلـک کلّه فقـد قال المحقّق الثانی فی جامع المقاصـد: إنّهم أرادوا بالإباحـهٔ الملک المتزلزل؛ فقال: المعروف بین الأصـحاب أنّ المعاطاهٔ بیعٌ و إن لم تکن کالعقد فی اللزوم، خلافاً لظاهر عبارهٔ المفید، و لا یقول أحد «۱» بأنّها بیع فاسد سوی المصنّف فی النهایهٔ، و قد رجع عنه فی کتبه المتأخّرهٔ عنها «۲». و قوله تعالی إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ «۳» عامّ إلّا ما أخرجه الدلیل.

و ما یوجـد فی عبارهٔ جمعٍ من متأخّری الأصـحاب: من أنّها تفیـد الإباحهٔ و تلزم بذهاب إحدی العینین، یریدون به عدم اللزوم فی أوّل الأمر و بالذهاب یتحقّق اللزوم؛ لامتناع إرادهٔ الإباحهٔ المجرّدهٔ عن «۴»

---

(۱) فی «ش» و المصدر زیادهٔ: من الأصحاب.

(۲) فی «ش» و المصـدر زیـادهٔ: و قوله تعـالی «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ» یتناولها؛ لأنّها بیع بالاتّفاق حتی من القائلین بفسادها؛ لأنّهم یقولون: هی بیع فاسد.

(۳) النساء: ۲۹.

(۴) فی غیر «ف» و «ص»: من.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۳۳

أصـل الملک؛ إذ المقصود للمتعاطیین «۱» الملک، فإذا لم یحصل کان بیعاً فاسـداً «۲» و لم یجز التصرّف «۳»، و کافهٔ الأصحاب علی خلافه.

و أیضاً، فإنّ الإباحهٔ المحضهٔ لا تقتضـی الملک أصلًا و رأساً، فکیف یتحقّق ملک شخص بذهاب مال آخر فی یده؟ و إنّما الأفعال لمّا لم تکن دلالتهـا علی المراد بالصـراحهٔ کالقول لأنّها «۴» تـدلّ بـالقرائن منعوا من لزوم العقـد بهـا، فیجوز التـرادّ ما دام ممکناً، و مع «۵» تلف إحـدی العینین یمتنع الـتراد فیتحقّق «۶» اللزوم «۷»، و یکفی تلف بعض إحـدی العینین؛ لامتنـاع الـترادّ فی البـاقی؛ إذ هو موجب لتبعّض الصفقهٔ و الضرر «۸»، انتهی «۹».

و نحوه المحکی عنه فی تعلیقه علی الإرشاد، و زاد فیه: أنّ مقصود المتعاطیین إباحـهٌ مترتّبهٔ علی ملک الرقبهٔ کسائر البیوع، فإن حصـل مقصودهمـا ثبت مـا قلنـا، و إلّا لوجب أن لا تحصل إباحـهٔ بالکلّیـهٔ، بل یتعیّن الحکم بالفساد؛ إذ المقصود غیر واقع، فلو وقع غیره لوقع بغیر

---

(۱) فی «ش» و المصدر زیادهٔ: إنّما هو.

(۲) فی «ش» و المصدر: کانت فاسدهٔ.

(۳) فی «ش» و المصدر زیادهٔ: فی العین.

(۴) العبارة فی «ش» و المصدر هکذا: فی الصراحة کالأقوال، و إنّما.

(۵) فی «ش» و المصدر: فمع.

(۶) فی «ش»: و یتحقّق.

(۷) فی «ش» و المصدر زیادة: لأنّ إحداهما فی مقابل الأُخری.

(۸) جامع المقاصد ۴: ۵۸.

(۹) لم ترد «انتهی» فی «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۴

قصد، و هو باطل. و علیه یتفرّع النماء، و جواز وطء الجاریة، و من منع فقد أغرب «۱»، انتهی.

و الذی یقوی فی النفس: إبقاء ظواهر کلماتهم علی حالها، و أنّهم یحکمون بالإباحة المجرّدة عن الملک فی المعاطاة مع فرض قصد المتعاطیین التملیک، و أنّ الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنّما حصلت کما اعترف به فی المسالک «۲» من استلزام إعطاء کلٍّ منهما سلعته مسلّطاً علیها الإذن فی التصرّف فیه بوجوه التصرّفات، فلا یرد علیهم عدا ما ذکره المحقّق المتقدّم فی عبارته المتقدّمة، و حاصله:

أنّ المقصود هو الملک، فإذا لم یحصل فلا منشأ لإباحة التصرّف؛ إذ الإباحة إن کانت من المالک فالمفروض أنّه لم یصدر منه إلّا التملیک، و إن کانت من الشارع فلیس علیها دلیل، و لم یشعر کلامهم بالاستناد إلی نصٍّ فی ذلک، مع أنّ إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتیب غیره بعیدٌ جدّاً، مع أنّ التأمّل فی کلامهم یعطی إرادة الإباحة المالکیّة لا الشرعیة.

و یؤیّد إرادة الملک: أنّ ظاهر إطلاقهم «إباحة التصرّف» شمولها للتصرّفات التی لا تصحّ إلّا من المالک، کالوطء و العتق و البیع لنفسه. و التزامهم حصول الملک مقارناً لهذه التصرّفات کما إذا وقعت هذه التصرّفات من ذی الخیار، أو من «۳» الواهب الذی یجوز له الرجوع بعید.

---

(۱) حاشیة الإرشاد (مخطوط): ۲۱۶.

(۲) المسالک ۳: ۱۴۸.

(۳) فی «ف»: و من.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۵

و سیجیء «۱» ما ذکره بعض الأساطین: من أنّ هذا القول مستلزم لتأسیس قواعد جدیدة.

لکنّ الإنصاف: أنّ القول بالتزامهم لهذه الأُمور «۲» أهون من توجیه کلماتهم؛ فإنّ هذه الأُمور لا استبعاد فی التزامها إذا اقتضی الأصل عدم الملکیّة، و لم یساعد علیها دلیل معتبر، و اقتضی الدلیل صحّة التصرّفات المذکورة؛ مع أنّ المحکیّ «۳» عن حواشی الشهید علی القواعد «۴»: المنع عمّا یتوقّف علی الملک، کإخراجه فی خمسٍ، أو زکاةٍ «۵»، و کوطء الجاریة «۶».

و ممّا یشهد علی نفی البُعد عمّا ذکرنا من إرادتهم الإباحة المجرّدة مع قصد المتعاطیین التملیک-: أنّه قد صرّح الشیخ فی المبسوط «۷»، و الحلی فی السرائر «۸»، کظاهر العلّامة فی القواعد «۹» بعدم حصول الملک

---

(۱) یجیء فی الصفحة ۴۴.

(۲) فی «ف»: لهذه الوجوه.

(۳) حکاه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۵۸.

(۴) لم ترد «على القواعد» فى «ف».

(۵) فى «ف»: و زكاة.

(۶) فى غير «ف» و «ش» زيادة ما يلى: «و صرّح الشيخ فى المبسوط: بأنّ الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول، و لا يحلّ وطؤها»، لكن شطب عليها فى «ن»، و قال المامقانى رحمه اللّه: و هذه العبارة بتمامها قد خطّ أى شطب عليها المصنّف قدّس سرّه فى نسخته. انظر غاية الآمال: ۱۷۸.

(۷) المبسوط ۳: ۳۱۵.

(۸) السرائر ۳: ۱۷۷.

(۹) القواعد ۱: ۲۷۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۶

بإهداء الهديّة بدون الإيجاب و القبول و لو من الرسول، نعم يفيد ذلك إباحة التصرّف، لكنّ الشيخ استثنى وطء الجارية.

ثمّ إنّ المعروف بين المتأخّرين: أنّ من قال بالإباحة المجرّدة فى المعاطاة، قال بأنّها ليست بيعاً حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدّمة «۱» و معقد إجماع الغنية «۲»، و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقّق الثانى من إرادة نفى اللزوم «۳»! و كلاهما خلاف الظاهر.

و يدفع الثانى «۴»: تصريحُ بعضهم «۵» بأنّ شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار، فكلّ بيعٍ عنده لازم من غير جهة الخيارات، و تصريحُ غير واحدٍ «۶» بأنّ الإيجاب و القبول من شرائط صحّة انعقاد البيع بالصيغة «۷».

و أمّا الأوّل «۸»، فإن قلنا بأنّ البيع عند المتشرّعة حقيقةٌ فى الصحيح

---

(۱) تقدّم فى الصفحة ۲۶ عبارة الشيخ قدّس سرّه فى الخلاف: «فإنّه لا يكون بيعاً»، و فى الصفحة ۲۸ عبارة الحلّى فى السرائر: «فإنّه لا يكون بيعاً و لا عقداً».

(۲) تقدّم فى الصفحة ۲۹.

(۳) تقدّم كلامه فى الصفحة ۳۲.

(۴) أى توجيه المحقّق الثانى.

(۵) لم نقف على مصرّح بذلك، نعم قال العلّامة قدّس سرّه فى القواعد (۱: ۱۴۱ ۱۴۲): الأصل فى البيع اللزوم، و إنّما يخرج عن أصله بأمرين: ثبوت خيار، و ظهور عيب.

(۶) كالحلبى فى الكافى: ۳۵۳، و ابن زهرة فى الغنية: ۲۱۴، و تقدّم كلامهما فى الصفحة ۲۹ و ۳۰، فراجع.

(۷) قال الشهيدى فى شرحه بعد ذكر توجيهٍ للعبارة: فالظاهر بل المتعيّن أنّ كلمة «بالصيغة» من غلط النسخة. (هداية الطالب: ۱۶۰).

(۸) أى ما هو المعروف بين المتأخّرين من أنّ المعاطاة ليست بيعاً حقيقة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۷

و لو بناءً على ما قدّمناه فى آخر تعريف البيع «۱»: من أنّ البيع فى العرف اسمٌ للمؤثّر منه فى النقل، فإن كان فى نظر الشارع أو المتشرّعة، من حيث إنّهم متشرّعة و متديّنون بالشرع، صحيحاً مؤثّراً فى الانتقال كان بيعاً حقيقيّا، و إلّا كان «۲» صوريّاً، نظير بيع الهازل فى نظر العرف فيصحّ على ذلك نفى البيعيّة على وجه الحقيقة فى كلام كلّ من اعتبر فى صحّته الصيغة، أو فسّره بالعقد؛ لأنهم فى مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثّر فى النقل فى نظر الشارع.

إذا عرفت ما ذكرنا،

فالأقوال فى المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستّة:

اللزوم مطلقاً،

کما عن ظاهر «۳» المفید «۴»، و یکفی فی وجود القائل به قول العلّامة رحمه اللّه فی التذکرة: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصیغة «۵».

و اللزوم بشرط کون الدالّ علی التراضی أو المعاملة لفظاً،

حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی «۶»، و بعض متأخری المحدّثین «۷»، لکن

---

(۱) تقدّم فی الصفحة ۲۰.

(۲) فی «ف» زیادة: بیعاً.

(۳) کذا فی «ف» و «ن»، و فی «م» و «ص»: «کما هو ظاهر المفید»، و فی «خ» و مصحّحة «ع»: «کما هو عن ظاهر المفید»، و فی «ش»: «کما هو ظاهر عن المفید».

(۴) راجع الصفحة ۲۴، الهامش ۶.

(۵) التذکرة ۱: ۴۶۲.

(۶) هو السیّد حسن بن السیّد جعفر، علی ما فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۵۶، و قد حکاه الشهید الثانی عنه بلفظ: و قد کان بعض مشایخنا المعاصرین یذهب إلی ذلک، المسالک ۳: ۱۴۷.

(۷) و هو المحدّث البحرانی فی الحدائق ۱۸: ۳۵۵.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۸

فی عدّ هذا من الأقوال فی المعاطاة تأمّل «۱».

و الملک الغیر اللازم،

ذهب إلیه المحقّق الثانی، و نسبه إلی کلّ من قال بالإباحة «۲». و فی النسبة ما عرفت «۳».

و عدم الملک مع إباحة جمیع التصرّفات حتی المتوقّفة علی الملک،

کما هو ظاهر عبائر کثیر «۴»، بل ذکر فی المسالک: أنّ کلّ من قال بالإباحة یسوّغ جمیع التصرّفات «۵».

و إباحة ما لا یتوقّف علی الملک،

و هو الظاهر من الکلام المتقدّم عن حواشی الشهید علی القواعد «۶»، و هو المناسب لما حکیناه عن الشیخ فی إهداء الجاریة من دون إیجاب و قبول «۷».

و القول بعدم إباحة التصرّف مطلقاً، نسب إلی ظاهر النهایة «۸»، لکن ثبت رجوعه عنه فی غیرها «۹».

و المشهور بین علمائنا: عدم ثبوت الملک بالمعاطاة

و إن قصد

(١) كتب فى «ش» على قوله: «لكن إلى تأمّل»: هذه حاشية منه قدّس سرّه.

(٢) جامع المقاصد ۴: ۵٨.

(٣) راجع الصفحة ٢۵ ٢۶ و ٣۴.

(۴) تقدّمت عباراتهم فى الصفحة ٢۶ ٣١.

(۵) المسالک ٣: ١۴٩، و لفظه: لأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ أنواع التصرّفات.

(۶) تقدّم فى الصفحة ٣۵.

(٧) راجع الصفحة ٣۵ ٣۶.

(٨) نهاية الإحكام ٢: ۴۴٩، حيث قرّب فيها كون حكم المعاطاة حكم المقبوض بالعقود الفاسدة.

(٩) كما سيأتى عن التحرير.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٩

المتعاطيان بها التمليك «١»، بل لم نجد قائلًا به إلى زمان المحقّق الثانى الذى قال به، و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب «٢».

نعم، ربما يوهمه ظاهر عبارة التحرير، حيث قال فيه: الأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة، بل لكلٍّ منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلفت لزمت، انتهى. و لذا نسب ذلك إليه فى المسالك «٣»، لكنّ قوله بعد ذلك: «و لا يحرم على كلٍّ منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد» «۴» ظاهر فى أنّ مراده مجرّد الانتفاع؛ إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك.

[الأقوى حصول الملك]

اشارة

و أمّا قوله: «و الأقوى .. إلخ»، فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه اللّه و العامّة القائلين باللزوم. و إطلاق «المعاوضة» عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، و إطلاق «الفسخ» على «الردّ» «۵» بهذا الاعتبار أيضاً، و كذا «اللزوم».

و يؤيّد ما ذكرنا بل يدلّ عليه-: أنّ الظاهر من عبارة التحرير فى باب الهبة توقّفها على الإيجاب و القبول، ثمّ قال «۶»: و هل يستغنى عن

(١) عبارة «و إن قصد إلى التمليك» لم ترد فى «ف» و «ش»، و شطب عليها فى «خ»، و كتب عليها فى «ن»: زائد.

(٢) راجع الصفحة ٣٢.

(٣) المسالك ٣: ١۴٨.

(۴) التحرير ١: ١۶۴.

(۵) فى «ف»: التراد.

(۶) كذا فى النسخ، و العبارة لا تخلو من تأمّل، و المعنى واضح.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٠

الإیجاب و القبول فی هدیة الأطعمة؟ الأقرب عدمه، نعم یباح التصرّف بشاهد الحال «۱»، انتهی. و صرّح بذلک أیضاً فی الهدیة «۲»، فإذا لم یقل فی الهبة بصحّة المعاطاة فکیف یقول بها فی البیع؟

[الاستدلال بالسیرة]

و ذهب جماعة «۳» تبعاً للمحقّق الثانی إلی حصول الملک، و لا یخلو عن قوّة؛ للسیرة المستمرّة علی معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملک فی التصرّف فیه بالعتق، و البیع، و الوطء، و الإیصاء، و توریثه، و غیر ذلک من آثار الملک.

[الاستدلال بآیة أحل الله البیع]

و یدلّ علیه أیضاً: عموم قوله تعالی وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ «۴»؛ حیث إنّه یدلّ علی حلّیة جمیع التصرّفات المترتّبة علی البیع، بل قد یقال: بأنّ الآیة دالّة عرفاً بالمطابقة «۵» علی صحّة البیع، لا مجرّد الحکم التکلیفی. لکنّه محلّ تأمّل.

و أمّا منع صدق البیع علیه عرفاً فمکابرة.

و أمّا دعوی الإجماع فی کلام بعضهم علی عدم کون المعاطاة بیعاً

---

(۱) التحریر ۱: ۲۸۱.

(۲) التحریر ۱: ۲۸۴.

(۳) منهم: المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة ۸: ۱۳۹ ۱۴۱، و المحدّث الکاشانی فی المفاتیح ۳: ۴۸، و المحدّث البحرانی فی الحدائق ۱۸: ۳۵۰ و ۳۶۱، و المحقّق النراقی فی المستند ۲: ۳۶۱ ۳۶۲، و نفی عنه البُعد المحقّق السبزواری فی الکفایة: ۸۸.

(۴) البقرة: ۲۷۵.

(۵) فی «ف»: دالّة بالمطابقة عرفاً.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۱

کابن زهرة فی الغنیة «۱» فمرادهم بالبیع: المعاملة اللازمة التی هی إحدی «۲» العقود؛ و لذا صرّح فی الغنیة بکون الإیجاب و القبول من شرائط صحّة البیع.

و دعوی: أنّ البیع الفاسد عندهم لیس بیعاً، قد عرفت الحال فیها «۳».

[الاستدلال بآیة التجارة]

و ممّا ذکر یظهر وجه التمسّک بقوله تعالی إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ «۴».

[الاستدلال بحدیث السلطنة و المناقشة فیه]

و أمّا قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «الناس مسلّطون علی أموالهم» «۵» فلا دلالة فیه علی المدّعی؛ لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنّما یجدی فیما إذا شکّ فی أنّ هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالک، و ماضیة شرعاً فی حقّه، أم لا؟ أمّا إذا قطعنا بأنّ «۶» سلطنة خاصّة کتملیک ماله للغیر نافذة فی حقّه، ماضیة شرعاً، لکن شکّ فی أنّ هذا التملیک الخاصّ هل یحصل بمجرّد التعاطی مع القصد، أم لا بدّ من القول الدالّ علیه «۷»؟ فلا یجوز الاستدلال علی سببیّة المعاطاة فی الشریعة للتملیک

(۱) تقدّم كلامه فى الصفحة ۲۹.

(۲) فى «ف» و «ش»: أحد.

(۳) راجع الصفحة ۱۹ و غيرها.

(۴) النساء: ۲۹.

(۵) عوالى اللآلى ۱: ۲۲۲، الحديث ۹۹.

(۶) فى «ف»: بأنّه.

(۷) فى «ع» و «ش» زيادة: «فلا» استدراكاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۲

بعموم تسلّط الناس على أموالهم، و منه يظهر أيضاً-: عدم جواز التمسّك به «۱» لما سيجىء من شروط الصيغة.

[المناقشة فى دلالة الآيتين]

و كيف كان، ففى الآيتين مع السيرة كفاية. اللّهم إلّا أن يقال: إنّهما لا تدلّان على الملك، و إنّما تدلّان على إباحة جميع التصرّفات حتى المتوقّفة على الملك، كالبيع و الوطء و العتق و الإيصاء، و إباحة هذه التصرّفات إنّما تستلزم الملك بالملازمة الشرعيّة الحاصلة فى سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك، دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم، حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرّفات.

و صرّح فى المسالك: بأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ جميع التصرّفات «۲»، غاية الأمر أنّه لا بدّ من التزامهم بأنّ التصرّف المتوقّف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناً ما؛ فإنّ الجمع بين إباحة هذه التصرّفات و بين توقّفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار. و لا يتوقّف على الالتزام بالملك من أوّل الأمر «۳» ليقال «۴»: إنّ مرجع هذه الإباحة أيضاً إلى التمليك.

[المناقشة فى دلالة السيرة]

و أمّا ثبوت «۵» السيرة و استمرارها على التوريث، فهى كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلّة المبالاة فى الدين ممّا لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم، كما لا يخفى.

(۱) لم ترد «به» فى «خ»، «م» و «ع».

(۲) المسالك ۳: ۱۴۹.

(۳) فى هامش «ف» زيادة: كما التزمه المحقّق الثانى صح.

(۴) فى غير «ف» و «ش»: فيقال.

(۵) فى «ف»: و أمّا ترتّب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۳

و دعوى: أنّه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرّفات المتوقّفة على الملك كما يظهر من المحكيّ عن حواشى الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى، و عدم جواز وطء الجارية المأخوذة بها «۱»، و قد

صرّح الشیخ رحمه اللّه بالأخیر فی معاطاة الهدایا «۲» فیتوجّه «۳» التمسّک حینئذٍ بعموم الآیة علی جوازها، فیثبت الملک، مدفوعة: بأنّه و إن لم یثبت ذلک، إلّا أنّه لم یثبت أنّ کلّ من قال بإباحة جمیع هذه التصرّفات قال بالملک من أوّل الأمر، فیجوز للفقیه حینئذٍ التزام إباحة جمیع التصرّفات مع التزام حصول الملک عند التصرّف المتوقّف علی الملک، لا من أوّل الأمر.

[الأولی فی الاستدلال علی المختار]

اشارة

فالأولی حینئذٍ: التمسّک فی المطلب بأنّ المتبادر عرفاً من «حلّ البیع» صحّته شرعاً.
هذا، مع إمکان إثبات صحّة المعاطاة فی الهبة و الإجارة ببعض إطلاقاتهما، و تتمیمه فی البیع بالإجماع المرکّب.
هذا، مع أنّ «۴» ما ذکر: من أنّ للفقیه «۵» التزام حدوث الملک عند التصرّف المتوقّف علیه، لا یلیق بالمتفقّه فضلًا عن الفقیه!

[دعوی کاشف الغطاء أن القول بالإباحة یستلزم تأسیس قواعد جدیدة]

اشارة

و لذا ذکر

---

(۱) تقدّم فی الصفحة ۳۵.

(۲) المبسوط ۳: ۳۱۵.

(۳) فی «ف»: فیوجّه.

(۴) فی «ن» شطب علی کلمة: أنّ.

(۵) فی «ن» شطب علی کلمة: للفقیه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۴

بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد فی مقام الاستبعاد-: أنّ القول بالإباحة المجرّدة، مع فرض «۱» قصد المتعاطیین التملیک و البیع، مستلزم لتأسیس قواعد جدیدة:
منها: أنّ العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود.
و منها: أن یکون إرادة التصرّف من المملِّکات، فتملک «۲» العین أو المنفعة بإرادة التصرّف بهما «۳»، أو معه «۴» دفعة و إن لم یخطر ببال المالک الأوّل الإذن فی شیءٍ من هذه التصرّفات؛ لأنّه قاصد للنقل من حین الدفع، و أنّه «۵» لا سلطان له بعد ذلک، بخلاف من قال: أعتق عبدک عنّی، و تصدّق بمالی عنک.
و منها: أنّ الأخماس و الزکوات و الاستطاعة و الدیون و النفقات و حقّ المقاسمة «۶» و الشفعة و المواریث و الربا و الوصایا تتعلّق بما «۷» فی الید، مع العلم ببقاء مقابله، و عدم التصرّف فیه، أو عدم العلم به، فینفی بالأصل، فتکون متعلّقة بغیر الأملاک، و أنّ صفة الغنی و الفقر تترتّب

---

(۱) لم ترد «فرض» فی «ف».

(۲) کذا فی «ص» و مصحّحة «ن»، و فی غیرهما: فیملک.

(۳) کذا فی «ش» و «ص» و المصدر و مصحّحة «ن»، و فی «خ»: «فیها»، و فی سائر النسخ: بها.

(۴) فی أکثر النسخ: «بیعه»، إلّا أنّه صحّح بعضها طبقاً لما أثبتناه.

(۵) فی «ش»: لأنّه.

(۶) فی «ش» و مصحّحتی «ن» و «ع»: المقاصّة.

(۷) کذا فی «ش» و المصدر، و فی سائر النسخ: «بما یتعلّق»، لکنّه صحّح بعضها طبقاً لما أثبتناه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۵

علیه کذلک، فیصیر ما لیس من الأملاک بحکم الأملاک.

و منها: کون التصرّف من جانبٍ مملّکاً للجانب الآخر، مضافاً إلی غرابة استناد الملک إلی التصرّف.

و منها: جعل التلف السماوی من جانبٍ مملّکاً للجانب الآخر، و التلف من الجانبین «۱» معیّناً للمسمّی من الطرفین، و لا رجوع إلی قیمة المثل حتی یکون له الرجوع بالتفاوت.

و مع حصوله فی ید الغاصب أو تلفه فیها، فالقول بأنّه المطالب؛ لأنّه تملّک «۲» بالغصب أو التلف فی ید الغاصب، غریب! و القول بعدم الملک بعید جدّاً، مع أنّ فی التلف القهری إن ملک التالف قبل التلف فهو عجیب «۳»! و معه بعید؛ لعدم قابلیّته «۴»، و بعده ملک معدوم، و مع عدم الدخول فی الملک یکون ملک الآخر بغیر عوض، و نفی الملک مخالف للسیرة و بناء المتعاطیین.

و منها: أنّ التصرّف إن جعلناه من النواقل القهریة فلا یتوقّف علی النیّة، فهو بعید، و إن أوقفناه علیها کان الواطئ للجاریة من غیرها «۵» واطئاً بالشبهة، و الجانی علیه و المتلف «۶» جانیاً علی مال الغیر و متلِفاً له.

---

(۱) فی «ش» و هامش «ن» زیادة: مع التفریط.

(۲) فی «ص» و المصدر: یملک.

(۳) کذا فی «ف» و المصدر، و فی سائر النسخ: فعجیب.

(۴) فی «ص» و المصدر زیادة: حینئذٍ.

(۵) فی المصدر: من غیر علمٍ.

(۶) فی «ش» زیادة: له.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۶

و منها: أنّ النماء الحادث قبل التصرّف، إن جعلنا حدوثه مملّکاً له دون العین فبعید، أو معها فکذلک، و کلاهما منافٍ لظاهر الأکثر، و شمول الإذن له خفیّ «۱».

و منها: قصر التملیک «۲» علی التصرّف مع الاستناد فیه إلی أنّ «۳» إذن المالک فیه إذن فی التملیک، فیرجع إلی کون المتصرّف فی تملیکه «۴» نفسه موجباً قابلًا، و ذلک جارٍ فی القبض، بل هو أولی منه؛ لاقترانه بقصد التملیک، دونه «۵»، انتهی.

[المناقشة فیما ادعاه کاشف الغطاء]

و المقصود من ذلک کلّه استبعاد هذا القول، لا أنّ الوجوه المذکورة تنهض «۶» فی مقابل الأُصول و العمومات؛ إذ لیس فیها تأسیس قواعد جدیدة لتخالف القواعد المتداولة بین الفقهاء.

أمّا حکایة تبعیّة العقود و ما قام مقامها للقصود، ففیها:

أوّلًا: أنّ المعاطاة لیست عند القائل بالإباحة المجرّدة من العقود، و لا من القائم مقامها شرعاً؛ فإنّ تبعیة العقد للقصد و عدم انفکاکه عنه إنّما هو لأجل دلیل صحّة ذلک العقد، بمعنی ترتّب الأثر المقصود علیه، فلا یعقل حینئذٍ الحکم بالصحّة مع عدم ترتّب الأثر المقصود علیه،

(۱) فی «ف»: و شمول العین له غیر خفیّ.

(۲) فی المصدر: التملّک.

(۳) لم ترد «أنّ» فی «ش».

(۴) کذا فی «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: فی تملیک.

(۵) شرح القواعد للشیخ الکبیر کاشف الغطاء (مخطوط): الورقة: ۵۰.

(۶) فی «ف»: لأنّ الوجوه المذکورة لا تنهض.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۷

أمّا المعاملات الفعلیّة التی لم یدلّ علی صحّتها دلیل، فلا یحکم بترتّب الأثر المقصود علیها، کما نبّه علیه الشهید فی کلامه المتقدّم «۱» من أنّ السبب الفعلی لا یقوم مقام السبب القولی فی المبایعات «۲»، نعم إذا دلّ الدلیل علی ترتّب أثر علیه حکم به «۳» و إن لم یکن مقصوداً.

و ثانیاً: أنّ تخلّف العقد عن مقصود المتبایعین کثیر، فإنّهم أطبقوا علی أنّ عقد المعاوضة إذا کان فاسداً یؤثّر فی ضمان کلٍّ من العوضین القیمة «۴»؛ لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فیما یقتضیه صحیحه، مع أنّهما لم یقصدا إلّا ضمان کلٍّ منهما بالآخر.

و توهّم: أنّ دلیلهم علی ذلک «قاعدة الید»، مدفوع: بأنّه لم یذکر هذا الوجه إلّا بعضهم معطوفاً علی الوجه الأوّل، و هو إقدامهما علی الضمان، فلاحظ المسالک «۵».

و کذا الشرط الفاسد «۶» لم یقصد المعاملة إلّا «۷» مقرونة به غیر مفسد عند أکثر القدماء.

(۱) تقدّم فی الصفحة ۳۱.

(۲) فی «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «المعاملات»، و فی نسخة بدلها: المبایعات.

(۳) العبارة فی «ف» هکذا: علی عدم ترتّب الأثر علیه یحکم به.

(۴) فی مصحّحة «ن»: بالقیمة.

(۵) المسالک ۳: ۱۵۴.

(۶) کذا فی النسخ، و صحّحت العبارة فی «ص» بزیادة: مع أنّه.

(۷) لم ترد «إلّا» فی «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۸

و بیع ما یملک و ما لا یملک صحیح عند الکلّ.

و بیع الغاصب لنفسه یقع للمالک مع إجازته علی قول کثیر «۱».

و ترک ذکر الأجل فی العقد المقصود به الانقطاع یجعله دائماً، علی قولٍ نسبه فی المسالک و کشف اللثام إلی المشهور «۲».

نعم، الفرق بین العقود و ما نحن فیه: أنّ التخلّف عن القصود «۳» یحتاج إلی الدلیل المخرج عن أدلّة صحّة العقود، و فیما نحن فیه

عدم الترتّب مطابق للأصل.

و أمّا ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرّف مملّكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرّف المطلق، و أدلّة توقّف بعض التصرّفات على الملك، فيكون كتصرّف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطء و البيع و العتق و شبهها «۴».

و أمّا ما ذكره من تعلّق الأخماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته «۵» للسيرة رجوع إليها، مع أنّ تعلّق الاستطاعة الموجبة للحجّ، و تحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة، لا يتوقّفان على الملك.

---

(۱) منهم العلّامة فى المختلف ۵: ۵۵، و التحرير ۲: ۱۴۲، و القواعد ۱: ۱۲۴ و غيرها، و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ۴: ۶۹، و الفاضل المقداد فى التنقيح ۲: ۲۷، و انظر مقابس الأنوار: ۱۳۰.

(۲) المسالك ۷: ۴۴۷. كشف اللثام ۲: ۵۵.

(۳) فى بعض النسخ: المقصود.

(۴) فى «ف»: و شبههما.

(۵) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: و دفعها بمخالفتها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۴۹

و أمّا كون التصرّف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

و أمّا كون التلف مملّكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان كلٌّ من المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه فى يد كلٍّ منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع؛ لأنّ هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم «على اليد ما أخذت» «۱» و بين أصالة عدم الملك إلّا فى الزمان المتيقّن وقوعه «۲» فيه.

توضيحه: أنّ الإجماع لمّا دلّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حكم بكون التلف «۳» من مال ذى اليد؛ رعايةً لعموم «على اليد ما أخذت»، فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة فى أنّ: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه «۴»، فإذا قدّر التلف «۵» من مال ذى اليد «۶»، فلا بدّ من أن يقدّر فى آخر أزمنة إمكان تقديره؛ رعايةً لأصالة عدم حدوث الملكيّة قبله، كما يقدّر ملكيّة المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف؛ استصحاباً لأثر العقد.

و أمّا ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على

---

(۱) مستدرك الوسائل ۱۴: ۸، الباب الأوّل من كتاب الوديعة، الحديث ۱۲.

(۲) كذا فى «ص»، و فى سائر النسخ: بوقوعه.

(۳) فى مصحّحة «ن»: التالف.

(۴) مستدرك الوسائل ۱۳: ۳۰۳، الباب ۹ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل، و انظر الوسائل ۱۲: ۳۵۸، الباب ۱۰ من أبواب الخيار.

(۵) فى مصحّحة «ن»: التالف.

(۶) فى غير «ش»: البائع، إلّا أنّه صحّح فى «ن»، «ع» و «ص» بما فى المتن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۵۰

القول بالإباحة أنّ لكلٍّ منهما المطالبة ما دام باقياً، و إذا تلف، فظاهر إطلاقهم «التملّك «۱» بالتلف»: تلفه من مال المغصوب منه. نعم، لو [لا] «۲» قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

و أمّا ما ذكره من حكم النماء، فظاهر المحكيّ عن بعضٍ أنّ القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ «۳»، بل حكمه حكم

أصله، و يحتمل أن يحدث النماء فى ملكه بمجرّد الإباحة.

ثمّ إنّك بملاحظة ما ذكرنا «۴» تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره، مع أنّه رحمه اللّه لم يذكرها للاعتماد، و الإنصاف: أنّها استبعادات فى محلّها.

و بالجملة، فالخروج عن أصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة المحقّقة إلى زمان المحقّق الثانى، و بالاتّفاق المدّعى فى الغنية «۵» و القواعد «۶» هنا و فى المسالك فى مسألة توقّف الهبة على الإيجاب و القبول «۷» مشكل، و رفع اليد عن عموم أدلّة البيع و الهبة و نحوهما المعتضدة بالسيرة

---

(۱) فى «ف»، «م»، «ع» و «ص»: التمليك.

(۲) الزيادة من «ش» و مصحّحة «ن»، و فى شرح الشهيدى: حكى أنّ نسخة المصنّف رحمه اللّه صحّحت هكذا (هداية الطالب: ۱۶۹).

(۳) فى «ش»: بالأخذ.

(۴) كذا فى «ف» و «ص» و مصحّحتى «خ» و «ع»، و فى «ن» و «م»: «ثمّ إنّ ممّا ذكرنا»، و فى «ش»: ثمّ إنّك ممّا ذكرنا.

(۵) تقدّم فى الصفحة ۲۹.

(۶) أى قواعد الشهيد، كما تقدّم فى الصفحة ۳۱.

(۷) المسالك ۶: ۱۰.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۱

القطعيّة المستمرّة، و بدعوى الاتّفاق المتقدّم عن المحقّق الثانى «۱» بناءً على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة أشكل.

فالقول الثانى لا يخلو عن قوّة.

[هل المعاطاة لازمة أم جائزة]

اشارة

و عليه، فهل هى لازمة ابتداءً مطلقاً؟ كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه اللّه «۲»، أو بشرط كون الدالّ على التراضى لفظاً؟ كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى «۳»، و قوّاه جماعة من متأخّرى المحدّثين «۴»، أو هى غير لازمة مطلقاً فيجوز لكلٍّ منهما الرجوع فى ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلّهم عدا من عرفت، وجوه:

[مقتضى القاعدة اللزوم]

اشارة

أوفقها بالقواعد هو الأوّل؛ بناءً على أصالة اللزوم فى الملك؛ للشكّ فى زواله بمجرّد رجوع مالكه الأصلى.

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصارى، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ۶ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ ه‍ ق

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج‌۳، ص: ۵۱

و دعوی: أنّ الثابت هو الملک المشترک بین المتزلزل و المستقرّ، و المفروض انتفاء الفرد الأوّل بعد الرجوع، و الفرد الثانی کان مشکوک الحدوث من أوّل الأمر، فلا ینفع الاستصحاب، بل ربما یزاد استصحاب بقاء علقة المالک الأوّل، مدفوعة مضافاً إلی إمکان دعوی کفایة تحقّق القدر المشترک فی الاستصحاب، فتأمّل-: بأنّ انقسام الملک إلی المتزلزل و المستقرّ لیس باعتبار اختلاف فی حقیقته، و إنّما هو باعتبار حکم الشارع علیه فی

(۱) تقدّم فی الصفحة ۳۲.

(۲) راجع الصفحة ۲۴ و ۳۷.

(۳) راجع الصفحة ۳۷.

(۴) کالمحدّث البحرانی فی الحدائق ۱۸: ۳۵۵، و لم نعثر علی غیره، و قد تقدّم فی الصفحة ۳۷ عن بعض متأخری المحدّثین.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۵۲

بعض المقامات بالزوال برجوع المالک الأصلی. و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقیقة السبب المملّک، لا اختلاف حقیقة الملک.

فجواز الرجوع و عدمه من الأحکام الشرعیة للسبب، لا من الخصوصیات المأخوذة فی المسبّب.

و یدلّ علیه مع أنّه یکفی فی الاستصحاب الشکّ فی أنّ اللزوم من خصوصیات الملک. أو من لوازم السبب المملّک، و مع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملک فی الهبة اللازمة و غیرها علی نهج «۱» واحد-: أنّ اللزوم و الجواز لو کانا «۲» من خصوصیّات الملک، فإمّا أن یکون تخصیص القدر المشترک بإحدی الخصوصیّتین بجعل المالک، أو بحکم الشارع.

فإن کان الأوّل، کان اللازم التفصیل بین أقسام التملیک المختلفة بحسب «۳» قصد الرجوع، و قصد عدمه، أو عدم قصده، و هو بدیهی البطلان؛ إذ لا تأثیر لقصد المالک فی الرجوع و عدمه.

و إن کان الثانی، لزم إمضاء الشارع العقد علی غیر ما قصده المنشئ، و هو باطل فی العقود؛ لما تقدّم أنّ العقود المصحّحة «۴» عند الشارع تتبع القصود، و إن أمکن القول بالتخلّف هنا فی مسألة المعاطاة؛ بناءً علی ما ذکرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملک: من منع وجوب

(۱) فی «ف»: منهج.

(۲) کذا فی «ش» و مصحّحة «ص»، و فی غیرهما: لو کان.

(۳) العبارة فی «ف» هکذا: التفصیل فی أقسام التملیک بین.

(۴) فی «ف»: الصحیحة.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۵۳

إمضاء المعاملات الفعلیة علی طبق قصود المتعاطیین «۱»، لکنّ الکلام فی قاعدة اللزوم فی الملک یشمل «۲» العقود أیضاً.

و بالجملة، فلا إشکال فی أصالة اللزوم فی کلّ عقدٍ شکّ فی لزومه شرعاً، و کذا لو شکّ فی أنّ الواقع فی الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، کالصلح من دون عوض، و الهبة. نعم، لو تداعیا احتمل التحالف فی الجملة.

[ما یدل علی اللزوم من الکتاب و السنة]

و یدلّ على اللزوم مضافاً إلى ما ذکر عموم قوله «۳» صلّى اللّه علیه و آله و سلم: «الناس مسلّطون على أموالهم» «۴» فإنّ مقتضى السلطنة أن لا یخرج عن ملکیته «۵» بغیر اختیاره، فجواز تملّکه عنه بالرجوع فیه من دون رضاه منافٍ للسلطنة المطلقة.

فاندفع ما ربما یتوهّم: من أنّ غایة مدلول الروایة سلطنة الشخص على ملکه، و لا نسلّم ملکیّته «۶» له بعد رجوع المالک الأصلی.

و لِما «۷» ذکرنا تمسّک المحقّق رحمه اللّه فی الشرائع على لزوم القرض

(۱) راجع الصفحة ۴۷.

(۲) کذا فی «ف» و «ن»، و فی غیرهما: تشمل.

(۳) کذا فی «ف»، و فی سائر النسخ: قولهم.

(۴) عوالی اللآلی ۳: ۲۰۸، الحدیث ۴۹.

(۵) فی «ف»: «عن الملکیة»، و فی نسخة بدل «ش»: عن ملکه.

(۶) کذا فی «ص»، و فی سائر النسخ: ملکیة.

(۷) فی أکثر النسخ: بما.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۴

بعد القبض: بأنّ فائدة الملک السلطنة «۱»، و نحوه العلّامة رحمه اللّه فی موضع «۲» آخر «۳».

و منه یظهر جواز التمسّک بقوله علیه السلام: «لا یحلّ مال امرئٍ إلّا عن طیب نفسه» «۴»؛ حیث دلّ على انحصار سبب حِلّ مال الغیر أو جزء سببه فی رضا المالک، فلا یحلّ بغیر رضاه.

و توهّم: تعلّق الحِلّ بمال الغیر، و کونه مال الغیر بعد الرجوع أوّل الکلام، مدفوع: بما تقدّم «۵»، مع أنّ «۶» تعلّق الحِلّ بالمال یفید العموم، بحیث یشمل التملّک أیضاً، فلا یحلّ التصرّف فیه و لا تملّکه إلّا بطیب نفس المالک.

و یمکن الاستدلال أیضاً بقوله تعالى لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلّٰا أَنْ تَکُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ «۷»، و لا ریب أنّ الرجوع

(۱) الشرائع ۲: ۶۸.

(۲) فی «ف»: مواضع.

(۳) لعلّه أشار بذلک إلى ما أفاده فی التذکرة (۱: ۴۶۴) بقوله: «یجوز بیع کلّ ما فیه منفعة؛ لأنّ الملک سبب لإطلاق التصرّف»، أو إلى ما أفاده فی (۱: ۵۹۵) بقوله: «و فائدة الملک استباحة وجوه الانتفاعات».

(۴) عوالی اللآلی ۲: ۱۱۳، الحدیث ۳۰۹، و فیه: «لا یحلّ مال امرئ مسلم ..»، و جاء فی تحف العقول مرسلًا عن النبیّ صلّى اللّه علیه و آله و سلم: «و لا یحلّ لمؤمنٍ مال أخیه إلّا عن طیب نفسٍ منه»، تحف العقول: ۳۴.

(۵) تقدّم فی الصفحة السابقة عند دفع التوهّم عن الاستدلال بقوله صلّى اللّه علیه و آله و سلم: «الناس مسلّطون ..».

(۶) فی «ش» و مصحّحة «ن»: من أنّ.

(۷) النساء: ۲۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۵

لیست «۱» تجارة، و لا عن تراضٍ، فلا یجوز أکل المال.

و التوهّم المتقدّم فی السابق [غیر «۲»] جارٍ هنا؛ لأنّ حصر مجوّز أکل المال فی التجارة إنّما یراد به أکله على أن یکون ملکاً للآکل لا لغیره.

و يمكن التمسّك أيضاً بالجملة المستثنى منها؛ حيث إنّ أكل المال و نقله عن مالكه بغير رضا المالك، أكل و تصرّف بالباطل عرفاً. نعم، بعد إذن المالك الحقيقى و هو الشارع و حكمه بالتسلّط «۳» على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن «۴» البطلان؛ و لذا كان أكل المارّة من الثمرة الممرور بها أكلًا بالباطل لولا إذن المالك الحقيقى، و كذا الأخذ بالشفعة، و الفسخ بالخيار، و غير ذلك من الأسباب «۵» القهريّة.

[الاستدلال بما يدل على لزوم خصوص البيع]

هذا كلّه، مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع، مثل قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا» «۶».

---

(۱) فى «ص» و مصحّحة «ن»: ليس.

(۲) لم ترد «غير» فى النسخ، و وردت فى هامش نسخ «ن»، «ع» و «ش» استظهاراً، و قد أيّد الشهيدى قدّس سرّه ضرورة هذه الزيادة، انظر هداية الطالب: ۱۷۰.

(۳) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: التسلّط.

(۴) فى «ف»: من.

(۵) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: النواقل.

(۶) عوالى اللآلى ۳: ۲۰۹، الحديث ۵۱، و انظر الوسائل ۱۲: ۳۴۵، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ۱ و ۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۵۶

و قد يستدلّ أيضاً بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱»؛ بناءً على أنّ العقد هو مطلق العهد، كما فى صحيحة عبد اللّه بن سنان «۲»، أو العهد المشدّد، كما عن بعض أهل اللغة «۳»، و كيف كان، فلا يختصّ باللفظ فيشمل المعاطاة.

و كذلك قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» «۴»؛ فإنّ الشرط لغةً مطلق الالتزام «۵»، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

[قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة]

اشارة

و الحاصل: أنّ الحكم باللزوم فى مطلق الملك و فى خصوص البيع ممّا لا ينكر، إلّا أنّ الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادّعاه صريحاً بعض الأساطين فى شرح القواعد «۶»، و يعضده الشهرة المحقّقة، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخّرى المتأخّرين «۷»، فإنّ العبارة المحكيّة عن المفيد رحمه اللّه «۸» فى المقنعة لا تدلّ

---

(۱) المائدة: ۱.

(۲) تفسير القمّى ۱: ۱۶۰، و تفسير العياشى ۱: ۲۸۹، الحديث ۵. و عنه الوسائل ۱۶: ۲۰۶، الباب ۲۵ من كتاب النذر و العهد، الحديث ۳.

(۳) انظر لسان العرب ۹: ۳۰۹، و القاموس ۱: ۳۱۵، مادّة: «عقد»، و مجمع البحرين ۳: ۱۰۳.

(۴) الوسائل ۱۵: ۳۰، الباب ۲۰ من أبواب المهور، ذيل الحديث ۴.

(۵) قال الفیروزآبادی فی القاموس (۲: ۳۶۸): الشرط إلزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه.

(۶) شرح القواعد (مخطوط): الورقة: ۴۹.

(۷) کالمحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة ۸: ۱۴۴، و المحدّث الکاشانی فی مفاتیح الشرائع ۳: ۴۸.

(۸) عبارة «المحکیّة عن المفید» لم ترد فی «ف»، و شطب علیها فی «ن».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۷

علی هـذا القول کمـا عن المختلف الاعتراف به «۱» فإنّه قال «۲»: ینعقـد البیع علی تراضٍ بین الاـثنین فیمـا یملکان التبایع له إذا عرفاه جمیعاً، و تراضیا بالبیع، و تقابضا، و افترقا بالأبدان «۳»، انتهی.

و یقوی إرادة بیان شروط صحّة العقد الواقع بین اثنین و تأثیره فی اللزوم؛ و کأنّه لذلک «۴» حکی کاشف الرموز عن المفید و الشیخ رحمهما اللّه: أنّه لا بدّ فی البیع عندهما من لفظٍ مخصوص «۵».

و قد تقدّم دعوی الإجماع من الغنیة علی عدم کونها بیعاً «۶»، و هو نصّ فی عدم اللزوم، و لا یقدح کونه ظاهراً فی عدم الملکیّة الذی لا نقول به.

[التشکیک فی انعقاد الإجماع]

و عن جامع المقاصد: یعتبر اللفظ فی العقود اللازمة بالإجماع «۷».

نعم، قول العلّامة رحمه اللّه فی التذکرة: «إنّ الأشهر عندنا أنّه لا بدّ

---

(۱) المختلف ۵: ۵۱، و فیه بعد نقل عبارة المقنعة-: و لیس فی هذا تصریح بصحّته إلّا أنّه موهم.

(۲) کذا فی «ف»، «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: فإنّ المحکیّ عنه أنّه قال.

(۳) المقنعة: ۵۹۱.

(۴) فی «ف»: لذا.

(۵) کشف الرموز ۱: ۴۴۵ ۴۴۶.

(۶) تقدّم فی الصفحة ۲۹.

(۷) جامع المقاصـد ۵: ۳۰۹، و فیه: «لأـنّ النطق معتبر فی العقود اللازمـة بالإجمـاع»، و حکـاه عنه المحقّق التستری فی مقـابس الأنوار: ۲۷۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۸

من الصیغة» «۱» یدلّ علی وجود الخلاف المعتدّ به فی المسألة، و لو کان المخالف شاذّاً لعبّر بالمشـهور، و کذلک نسبته فی المختلف إلی الأکثر «۲»، و فی التحریر: أنّ الأقوی أنّ المعاطاة غیر لازمة «۳».

[عدم کشف هذا الإجماع عن رأی المعصوم علی فرض حصوله]

ثمّ لو فرضـنا الاتّفاق من العلماء علی عدم لزومها مع ذهاب کثیرهم أو أکثرهم إلی أنّها لیست مملّکة، و إنّما تفید الإباحة لم یکن هذا الاتّفاق کاشـفاً؛ إذ القول باللزوم فرع الملکیّة، و لم یقل بها إلّا بعض من تأخّر عن المحقّق الثانی «۴» تبعاً له، و هذا ممّا یوهن حصول

القطع بل الظنّ من الاتّفاق المذکور؛ لأنّ قول الأکثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء «۵» الموضوع.

نعم، یمکن أن یقال بعد ثبوت الاتّفاق المذکور-: إنّ أصحابنا بین قائلٍ بالملک الجائز، و بین قائلٍ بعدم الملک رأساً، فالقول بالملک اللازم قولٌ ثالث، فتأمّل.

و کیف کان، فتحصیل الإجماع علی وجه استکشاف قول الإمام عن قول غیره من العلماء کما هو طریق «۶» المتأخّرین مشکل؛

---

(۱) التذکرة ۱: ۴۶۲.

(۲) المختلف ۵: ۵۱.

(۳) التحریر ۱: ۱۶۴.

(۴) مثل المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة ۸: ۱۳۹، و غیره، راجع الصفحة ۴۰، الهامش ۳.

(۵) فی «ف»: منتفیة.

(۶) فی «ف»: طریقة.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۹

لما ذکرنا «۱» و إن کان هذا لا یقدح فی الإجماع علی طریق القدماء، کما بُیّن فی الأُصول «۲».

و بالجملة، فما ذکره فی المسالک من قوله بعد ذکر قول من اعتبر «۳» مطلق اللفظ فی اللزوم-: «ما أحسنه و أمتن «۴» دلیله إن لم یکن إجماع «۵» علی خلافه» «۶» فی غایة الحسن و المتانة.

[ما یدل علی عدم لزوم المعاطاة]

اشارة

و الإجماع و إن لم یکن محقّقاً علی وجه یوجب القطع، إلّا أنّ المظنون قویّاً تحقّقه علی عدم اللزوم، مع عدم لفظٍ دالٍّ علی إنشاء التملیک، سواء لم یوجد لفظ أصلًا أم وجد و لکن لم ینشأ التملیک به «۷»، بل کان من جملة القرائن علی قصد التملیک بالتقابض.

و قد یظهر ذلک من غیر واحد من الأخبار «۸»، بل یظهر «۹» منها أنّ إیجاب البیع باللفظ دون مجرّد التعاطی کان متعارفاً بین أهل السوق و التجّار.

---

(۱) فی الصفحة السابقة.

(۲) راجع فرائد الأُصول: ۷۹ ۸۳.

(۳) فی «ش»: من لم یعتبر.

(۴) کذا فی «ف»، و فی غیره: و ما أمتن.

(۵) فی «ش» و المصدر: إن لم ینعقد الإجماع.

(۶) المسالک ۳: ۱۵۲.

(۷) فی «ف»: به التملیک.

(۸) انظر الوسائل ۱۲: ۱۱۴، الباب ۳۱ من أبواب ما یکتسب به، و الصفحة ۳۷۵ و ۳۸۵، الباب ۸ و ۱۴ من أبواب أحکام العقود.

(۹) فی «ف»: بل قد يظهر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۰

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيرة التى يراد بها عدم الرجوع بمجرّد التراضى. نعم، ربما يكتفون بالمصافقة، فيقول البائع: بارك اللّه لك، أو ما أدّى هذا المعنى بالفارسية «۱». نعم، يكتفون بالتعاطى فى المحقّرات و لا- يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم، الاكتفاء فى اللزوم «۲» بمطلق الإنشاء القولى غير بعيد؛ للسيرة و لغير واحدٍ من الأخبار، كما سيجىء إن شاء اللّه تعالى فى شروط الصيغة.

بقى الكلام فى الخبر الذى تُمُسِّک به فى باب المعاطاة، تارةً على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرّف، و أُخرى على عدم إفادتها اللزوم؛

اشارة

جمعاً بينه و بين ما دلّ على صحّة مطلق البيع كما صنعه فى الرياض «۳» و هو قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام».
و توضيح المراد منه يتوقّف على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقة الإسلام فى باب «بيع ما ليس عنده»، و الشيخ فى باب «النقد و النسيئة» عن ابن أبى عمير، عن يحيى بن الحجّاج، عن خالد بن الحجّاج «۴» أو ابن نجيح «۵» قال: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: الرجل

---

(۱) وردت عبارة: «نعم إلى بالفارسية» فى أكثر النسخ فى المتن و فى بعضها فى الهامش، لكن شطب عليها فى «ف»، و كُتب عليها فى «ن»: زائد.

(۲) فى «ف»: باللزوم.

(۳) الرياض ۱: ۵۱۱.

(۴) كما فى التهذيب.

(۵) كما فى الكافى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۱

يجيئنى و يقول: اشتر لى هذا الثوب و أُربحک كذا و كذا. فقال: أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس، إنّما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام «۱»» «۲».
و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أُخر مجرّدة عن قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل .. إلخ» «۳»، كلّها تدلّ على أنّه لا بأس بهذه المواعدة و المقاولة ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه.

و نقول: إنّ هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوهاً:

الأوّل:

أن يراد من «الكلام» فى المقامين اللفظ الدالّ على التحليل و التحريم «۴»، بمعنى أنّ تحريم شىءٍ و تحليله لا يكون إلّا بالنطق بهما، فلا يتحقّق بالقصد المجرّد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال.

الثانى:

أن يراد ب «الكلام» اللفظ مع مضمونه، كما فى قولك: «هذا الكلام صحيح» أو «فاسد»، لا مجرّد اللفظ أعنى الصوت و يكون المراد: أنّ المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعى حِلّا و حرمة «۵»

(۱) فى «ن»، «خ»، «م» و «ع» زيادة: «الخبر»، و الظاهر أنّه لا وجه له؛ لأنّ الخبر مذكور بتمامه.

(۲) انظر الكافى ۵: ۲۰۱، الحديث ۶، و التهذيب ۷: ۵۰، الحديث ۲۱۶، و الوسائل ۱۲: ۳۷۶، الباب ۸ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۴.

(۳) انظر الوسائل ۱۲: ۳۷۵، الباب ۸ من أبواب العقود.

(۴) كذا فى «ف»، و فى غيره: التحريم و التحليل.

(۵) فى «ف»: أو حرمة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۲

باختلاف المضامين المؤدّاة بالكلام، مثلًا «۱»: المقصود الواحد، و هو التسليط على البضع مدّة معيّنة يتأتّى بقولها: «ملّكتك بضعى» أو «سلّطتك عليه» أو «آجرتك نفسى» أو «أحللتها لك»، و بقولها: «متّعتك «۲» نفسى بكذا»، فما عدا الأخير موجب لتحريمه، و الأخير محلّل، و بهذا «۳» المعنى ورد قوله عليه السلام: «إنّما يحرّم الكلام» فى عدّة من روايات المزارعة «۴».

منها: ما فى التهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير «۵»، عن أبى الربيع الشامى، عن أبى عبد اللّه عليه السلام: أنّه سُئل عن الرجل يزرع أرض رجلٍ آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر، و ثلثاً للبقر، فقال: «لا ينبغى له أن يسمّى بذراً و لا بقراً، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع فى أرضك و لك منها كذا و كذا: نصف، أو ثلث، أو ما كان من شرط، و لا يسمّى بذراً و لا بقراً؛ فإنّما يحرّم الكلام» «۶».

(۱) كلمة «مثلًا» ساقطة من «خ»، «م»، «ع» و «ص».

(۲) كذا فى «ف»، و فى غيره: متّعت.

(۳) كذا فى «ف»، و فى غيره: على هذا.

(۴) راجع الوسائل ۱۳: ۲۰۰ ۲۰۱، الباب ۸ من أبواب المزارعة و المساقاة، الحديث ۴، ۶ و ۱۰.

(۵) عبارة «عن خالد بن جرير» من «ش» و المصدر.

(۶) التهذيب ۷: ۱۹۴، الحديث ۸۵۷ و عنه الوسائل ۱۳: ۲۰۱، الباب ۸ من أبواب المزارعة، الحديث ۱۰. و بما أنّ الحديث ورد مختلفاً فى النسخ، و مع تقديم و تأخير فى بعضها، فلذلك أثبتناه طبقاً لنسخة «ش» التى هى مطابقة مع المصدر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۳

الثالث:

أن يراد ب «الكلام» فى الفقرتين الكلام الواحد، و يكون تحليله و تحريمه «۱» باعتبار «۲» وجوده و عدمه، فيكون وجوده محلّلا و عدمه محرّماً، أو بالعكس، أو باعتبار محلّه و غير محلّه، فيُحِلّ فى محلّه و يُحرِّم فى غيره؛ و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة فى المزارعة.

الرابع:

أن يراد من الكلام المحلِّل خصوص المقاولة و المواعدة، و من الكلام المحرِّم إيجاب البيع و إيقاعه.

ثمّ إنّ الظاهر عدم إرادة المعنى الأوّل؛ لأنّه مع لزوم تخصيص الأكثر حيث إنّ ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم فى الشريعة فى اللفظ يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور فى الخبر جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليل له؛ لأنّ ظاهر الحكم كما يستفاد من عدّة روايات أُخر «٣» تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء «۴» المتاع من مالكه، و لا دخل لاشتراط النطق فى التحليل و التحريم فى هذا الحكم أصلًا، فكيف يعلّل به؟

و كذا المعنى الثانى؛ إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمونٍ محلِّلًا، و بآخر محرِّماً.

---

(١) كذا فى «ف»، و فى غيرها: تحريمه و تحليله.

(٢) كذا فى «م»، «ص» و مصحّحة «ن»، و فى غيرها: اعتبار.

(٣) انظر الوسائل ١٢: ٣٧٠، الباب ۵ من أبواب العقود، الحديث ۴، و الصفحة ٣٧۴، الباب ٧ من الأبواب، الحديث ٣، و الصفحة ٣٧٨، الباب ٨ من الأبواب، الحديث ١١ و ١٣.

(۴) فى «ف»: اشتراء.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۶۴

فتعيّن: المعنى الثالث، و هو: أنّ الكلام الدالّ على الالتزام بالبيع لا يحرِّم هذه المعاملة إلّا وجوده قبل شراء العين التى يريدها الرجل؛ لأنّه بيع ما ليس عنده، و لا يحلِّل إلّا عدمه؛ إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلّا التواعد بالمبايعة، و هو غير مؤثّر.

فحاصل الرواية: أنّ سبب التحليل و التحريم فى هذه المعاملة منحصر فى الكلام عدماً و وجوداً «١».

أو المعنى الرابع، و هو: أنّ المقاولة و المراضاة مع المشترى الثانى قبل اشتراء العين محلِّل للمعاملة، و إيجاب البيع معه محرّم لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام فى التحليل، كما هو المقصود فى مسألة المعاطاة.

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجهٍ آخر بعد ما عرفت من أنّ «٢» المراد ب «الكلام» هو إيجاب البيع بأن يقال: إنّ حصر المُحلِّل و المُحرِّم فى الكلام لا يتأتّى إلّا مع انحصار إيجاب البيع فى الكلام؛ إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المُحلِّل و المُحرِّم فى الكلام، إلّا أن يقال: إنّ وجه انحصار إيجاب البيع فى الكلام فى مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة فى خصوص المورد؛ إذ المفروض أنّ المبيع عند مالكه الأوّل، فتأمّل.

و كيف كان، فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور. كما يشعر به قوله عليه السلام فى رواية أُخرى واردة فى هذا الحكم أيضاً، و هى رواية

---

(١) فى «ف»: أو وجوداً.

(٢) فى «خ»، «م»، «ع»، «ص» و مصحّحة «ن»: بأنّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۶۵

يحيى بن الحجّاج عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «عن رجلٍ قال لى: اشتر لى هذا الثوب أو هذه الدابّة، و بعنيها أُربحك «١» فيها كذا و كذا؟ قال: لا بأس بذلك، اشترها، و لا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» «٢»؛ فإنّ الظاهر أنّ المراد من مواجبة البيع ليس مجرّد إعطاء العين للمشترى «٣».

و يشعر به أيضاً رواية العلاء الواردة فى نسبة الربح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول: أبيعك بده دوازده، [أو ده يازده «۴»]؟ فقال: لا بأس، إنّما هذه "المراوضة "فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة» «۵»؛ فإنّ ظاهره على ما فهمه بعض الشرّاح «۶»-: أنّه لا يكره ذلك فى المقاولة التى قبل العقد، و إنّما يكره حين العقد.

و فى صحيحة ابن سنان: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه ثمّ تشترى له نحو الذى طلب، ثمّ توجبه على نفسك، ثمّ تبيعه منه بعد» «۷».

---

(۱) فى «ش»: ارابحک.

(۲) الوسائل ۱۲: ۳۷۸، الباب ۸ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۱۳.

(۳) لم ترد عبارة: «فإنّ الظاهر إلى للمشترى» فى «ف».

(۴) من «ش» و المصدر.

(۵) الوسائل ۱۲: ۳۸۶، الباب ۱۴ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۵.

(۶) و هو المحدّث الكاشانى قدّس سرّه فى الوافى ۱۸: ۶۹۳، الحديث ۱۸۱۳۱.

(۷) الوسائل ۱۲: ۳۷۵، الباب ۸ من أبواب العقود، الحديث الأوّل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۶

و ينبغى التنبيه على أُمور:

الأوّل الظاهر «۱»: أنّ المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملک بيع،

بل الظاهر من كلام المحقّق الثانى فى جامع المقاصد «۲»: أنّه ممّا لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة، كالعلّامة فى النهاية «۳».
و دلّ على ذلک تمسّكهم له بقوله تعالى أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ «۴».
و أمّا على القول بإفادتها للإباحة «۵»، فالظاهر: أنّها «۶» بيع عرفىّ لم يؤثّر شرعاً إلّا الإباحة، فنفى البيع عنها فى كلامهم «۷» و معاقد إجماعاتهم «۸» هو البيع المفيد شرعاً اللزوم زيادةً على الملک.
هذا على ما اخترناه سابقاً «۹»: من أنّ مقصود المتعاطيين فى

---

(۱) فى «ف»: أنّ الظاهر.

(۲) جامع المقاصد ۴: ۵۸.

(۳) نهاية الإحكام ۲: ۴۴۹.

(۴) البقرة: ۲۷۵.

(۵) فى «ف» زيادة: دون الملک.

(۶) كذا فى «ف» و مصحّحة «م» و «ص»، و فى غيرها: أنّه.

(۷) مثل ما تقدّم عن الخلاف فى الصفحة ۲۶، و عن السرائر و الغنية فى الصفحة ۲۸ و ۲۹.

(۸) كذا فى «ف»، و فى غيرها: إجماعهم.

(۹) فى الصفحتين ۲۵ و ۳۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۷

المعاطاة التملّک «۱» و البيع «۲»، و أمّا على ما احتمله بعضهم «۳» بل استظهره «۴»-: من أنّ محلّ الكلام هو ما إذا قصدا «۵» مجرّد الإباحة، فلا إشكال فى عدم كونها بيعاً عرفاً، و لا شرعاً.

و على هذا فلا بدّ عند الشكّ فى اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلّة الدالّة على صحّة هذه الإباحة العوضيّة من خصوصٍ أو عموم، و حيث إنّ المناسب لهذا القول التمسّك فى مشروعيّته بعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم» «۶» كان مقتضى القاعدة هو نفى شرطيّة غير ما ثبت شرطيّته، كما أنّه لو تمسّك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس.

و الحاصل: أنّ المرجع على هذا عند الشكّ فى شروطها، هى أدلّة هذه المعاملة، سواء اعتبرت فى البيع أم لا.

و أمّا على المختار: من أنّ الكلام فيما قصد «۷» به البيع، فهل «۸»

(۱) فى هامش «ص»: التمليك ظ، و هكذا أثبته المامقانى قدّس سرّه فى حاشيته، انظر غاية الآمال: ۱۸۷.

(۲) لم ترد «و البيع» فى «ف».

(۳) و هو صاحب الجواهر قدّس سرّه، انظر الجواهر ۲۲: ۲۲۴.

(۴) فى «ف»: استظهر.

(۵) فى «ف»: قصد.

(۶) عوالى اللآلى ۱: ۲۲۲، الحديث ۹۹.

(۷) فى «ف»: يقصد.

(۸) كذا فى «ص» و «ش»، و فى غيرهما: هل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۸

يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى «۱» على القول بإفادتها للملك، و القول بعدم إفادتها إلّا الإباحة «۲»؟ وجوه:

يشهد للأوّل: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط «۳» فيها جميع ما دلّ على اشتراطه فى البيع.

و يؤيّده: أنّ محلّ النزاع بين العامّة و الخاصّة فى المعاطاة هو: أنّ الصيغة معتبرة فى البيع كسائر الشرائط، أم لا؟ كما يفصح عنه عنوان المسألة فى كتب كثيرٍ من الخاصّة و العامّة «۴» فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركاً له فى الحكم؛ و لذا ادّعى «۵» فى الحدائق: أنّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة: صحّة المعاطاة المذكورة إذا استكملت «۶» شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، و أنّها تفيد إباحة تصرّف كلٍّ منهما فيما صار إليه من العوض «۷».

و مقابل المشهور فى كلامه، قول العلّامة رحمه اللّه فى النهاية بفساد المعاطاة «۸» كما صرّح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهماً لثبوت

(۱) فى «ف»: مبنىّ.

(۲) فى «ف»: إلّا للإباحة.

(۳) فى «ف»: ليشترط.

(۴) كذا فى «ف»، و فى غيرها: العامّة و الخاصّة.

(۵) كذا فى «ش»، و فى «ف» غير مقروءة، و فى غيرهما: أفتى.

(۶) كذا فى «ف»، و فى غيرها: استكمل.

(۷) الحدائق ۱۸: ۳۵۶.

(۸) نهاية الإحكام ۲: ۴۴۹.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۹

الخلاف فی اشتراط صحّة المعاطاة باستجماع شرائط البیع.

و یشهد للثانی: أنّ البیع فی النصّ و الفتوی ظاهر فیما حکم فیه باللزوم، و ثبت له الخیار فی قولهم: «البیّعان بالخیار ما لم یفترقا»، و نحوه.

أمّا علی القول بالإباحة، فواضح؛ لأنّ المعاطاة لیست علی هذا القول بیعاً فی نظر الشارع و المتشرّعة؛ إذ لا نقل فیه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع علیه فی مقام «۱»، فنحمله علی الجری علی ما هو بیع باعتقاد العرف، لاشتماله علی النقل فی نظرهم، و قد تقدّم سابقاً فی تصحیح دعوی الإجماع علی عدم کون المعاطاة بیعاً «۲» بیان ذلک.

و أمّا علی القول بالملک، فلأنّ المطلق ینصرف إلی الفرد المحکوم باللزوم فی قولهم: «البیّعان بالخیار»، و قولهم: «إنّ الأصل فی البیع اللزوم، و الخیار إنّما ثبت لدلیل»، و «أنّ البیع بقول مطلق «۳» من العقود اللازمة»، و قولهم: «البیع هو العقد الدالّ علی کذا»، و نحو ذلک.

و بالجملة، فلا یبقی للمتأمّل شکّ فی أنّ إطلاق البیع فی النصّ و الفتوی یراد به ما لا یجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخیار أو بتقایل «۴».

و وجه الثالث: ما تقدّم للثانی علی القول بالإباحة، من سلب

---

(۱) لم ترد «فی مقام» فی «ف».

(۲) فی الصفحة ۴۱ و غیرها.

(۳) فی «ف»: و أنّ البیع مطلقاً.

(۴) فی «ف»: لخیار أو لتقایل.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۷۰

البیع عنه، و للأوّل علی القول بالملک، من صدق البیع علیه حینئذٍ و إن لم یکن لازماً.

و یمکن الفرق بین الشرط الذی ثبت اعتباره فی البیع من النصّ، فیحمل علی البیع العرفی و إن لم یفد عند الشارع إلّا الإباحة، و بین ما ثبت بالإجماع علی اعتباره فی البیع بناءً علی انصراف «البیع» فی کلمات المجمعین إلی العقد اللازم.

و الاحتمال الأوّل لا یخلو عن قوّة؛ لکونها بیعاً ظاهراً علی القول بالملک کما عرفت من جامع المقاصد «۱»-، و أمّا علی القول بالإباحة؛ فلأنها لم تثبت إلّا فی المعاملة الفاقدة للصیغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أیضاً.

ثمّ إنّه حکی عن الشهید رحمه اللّه فی حواشیه علی القواعد أنّه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة فی الخمس و الزکاة و ثمن الهدی إلّا بعد تلف العین، یعنی العین الأُخری ذکر: أنّه یجوز أن یکون الثمن و المثمن فی المعاطاة مجهولین؛ لأنّها لیست عقداً، و کذا جهالة الأجل، و أنّه لو اشتری أمةً بالمعاطاة لم یجز له «۲» نکاحها قبل تلف الثمن «۳»، انتهی. و حکی عنه فی باب الصرف أیضاً: أنّه لا یعتبر التقابض فی المجلس فی معاطاة النقدین «۴».

---

(۱) راجع الصفحة ۳۲ و غیرها.

(۲) لم ترد «له» فی «ف».

(۳) حکاه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۵۸.

(۴) نفس المصدر، الصفحة ۳۹۷.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۷۱

أقول: حکمه قدّس سرّه بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة فی الصدقات الواجبة و عدم جواز نکاح المأخوذ بها، صریح فی عدم

«۱» إفادتها للملک، إلّا أنّ حکمه رحمه اللّه بعدم اعتبار الشروط المذکورة «۲» للبیع و الصرف معلّلا بأنّ المعاطاة لیست عقداً، یحتمل أن یکون باعتبار عدم الملک؛ حیث إنّ المفید للملک منحصرٌ فی العقد، و أن یکون باعتبار عدم اللزوم؛ حیث إنّ الشروط المذکورة شرائط للبیع العقدی اللازم.

و الأقوی: اعتبارها و إن قلنا بالإباحة؛ لأنّها بیع عرفی و إن لم یفد شرعاً إلّا الإباحة، و مورد الأدلّة الدالّة علی اعتبار تلک الشروط هو البیع العرفی لا خصوص العقدی، بل تقییدها بالبیع العقدی تقیید بغیر الغالب؛ و لِما عرفت من أنّ الأصل فی المعاطاة بعد القول بعدم الملک، الفساد و عدم تأثیره شیئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بین العلماء من حیث اللزوم و العدم، و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصیغة، و بقی الباقی.

و بما ذکرنا یظهر وجه تحریم الربا فیها «۳» أیضاً و إن خصصنا الحکم بالبیع، بل الظاهر التحریم حتّی عند من لا یراها «۴» مفیدة للملک؛ لأنّها معاوضة عرفیّة و إن لم تفد الملک، بل معاوضة شرعیّة، کما «۵» اعترف بها

---

(۱) فی «ف»: صریح فی قوله بعدم.

(۲) فی «ف»: باعتبار الشرط المذکور.

(۳) کذا فی «ف» و «م»، و فی غیرهما: فیه.

(۴) فی «ف»: عند من یراها.

(۵) کما» ساقطة من «ش».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۷۲

الشهید رحمه اللّه فی موضعٍ من الحواشی؛ حیث قال: إنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جائزة أو لازمة «۱»، انتهی.

و لو قلنا بأنّ المقصود للمتعاطیین «۲» الإباحة لا الملک، فلا یبعد أیضاً جریان الربا؛ لکونها معاوضة عرفاً، فتأمّل «۳».

و أمّا حکم جریان الخیار فیها قبل اللزوم، فیمکن نفیه علی المشهور؛ لأنّها إباحة «۴» عندهم، فلا معنی للخیار «۵».

و إن قلنا بإفادة الملک، فیمکن القول بثبوت الخیار فیه «۶» مطلقاً؛ بناءً علی صیرورتها بیعاً بعد اللزوم کما سیأتی عند تعرّض الملزمات فالخیار موجود من زمان المعاطاة، إلّا أنّ أثره یظهر بعد اللزوم، و علی هذا فیصحّ إسقاطه و المصالحة علیه قبل اللزوم.

و یحتمل أن یفصّل بین الخیارات المختصّة بالبیع، فلا تجری؛ لاختصاص أدلّتها بما وضع علی اللزوم من غیر جهة الخیار «۷»، و بین

---

(۱) حکاه عنه السید العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۵۸.

(۲) فی «ف» زیادة: إنشاء.

(۳) وردت عبارة «و لو قلنا إلی فتأمّل» فی «ف» و هامش «ن»، «خ» و «م»، و کتب بعدها فی «ن»: «إلحاق منه دام ظلّه»، و فی «خ» و «م»: «إلحاق منه رحمه اللّه».

(۴) کذا فی «ف» و «ش»، و فی غیرهما: «جائزة» بدل «إباحة»، لکن صُحّحت فی «ع» بما أثبتناه.

(۵) فی «ف» زیادة: مطلقاً.

(۶) لم ترد «فیه» فی «ف».

(۷) عبارة «لاختصاص إلی الخیار» ساقطة من «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۷۳

غیرها کخیار الغبن و العیب بالنسبة إلی الردّ دون الأرش فتجری «۱»؛ لعموم أدلّتها.

و أمّا حكم الخيار بعد اللزوم، فسيأتى «۲» بعد ذكر الملزمات إن شاء اللّه «۳».

(۱) كذا فى «ص» و مصحّحة «ن»، و فى غيرهما: فيجرى.

(۲) سيأتى فى الأمر السابع، الصفحة ۱۰۳.

(۳) التعليق على المشيئة من «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۷۴

الأمر الثانى إنّ المتيقّن من مورد المعاطاة: هو حصول التعاطى فعلًا من الطرفين،

فالملك أو الإباحة فى كلٍّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانبٍ واحدٍ لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيّته، فلا يتحقّق المعاوضة و لا الإباحة رأساً؛ لأنّ كلّا منهما ملكٌ أو مباح فى مقابل ملكيّة «۱» الآخر أو إباحته، إلّا أنّ الظاهر من جماعة من متأخّرى المتأخّرين «۲» تبعاً للشهيد فى الدروس «۳» جعلُه «۴» من المعاطاة، و لا ريب أنّه لا يصدق معنى المعاطاة، لكنّ هذا لا يقدح فى جريان حكمها عليه؛ بناءً على عموم الحكم لكلّ بيعٍ فعليٍّ، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكه تمليكاً له بعوض، أو مبيحاً «۵» له به، و أخذ الآخر له تملّكاً له بالعوض، أو إباحة له بإزائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان

(۱) كذا فى «ش»، و فى «ف»: «الملك»، و فى «ن»: «ملك»، و فى غيرها: ملكه.

(۲) منهم: المحقّق الثانى فى حاشية الإرشاد (مخطوط): ۲۱۷، و السيد المجاهد فى المناهل: ۲۷۰، و الشيخ الكبير فى شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة: ۵۱، و صاحب الجواهر فى الجواهر ۲۲: ۲۳۸، و يظهر من المحدّث البحرانى و السيد العاملى أيضاً، انظر الحدائق ۱۸: ۳۶۴، و مفتاح الكرامة ۴: ۱۵۸.

(۳) الدروس ۳: ۱۹۲.

(۴) كذا فى «ش»، و فى غيرها: «جعلوه»، إلّا أنّه صحّح فى «خ»، «ع» و «ص» بما فى المتن.

(۵) فى «ص»: إباحة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۷۵

دفعه على القول بالملك و البيع «۱» اشتراءً، و أخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب و القبول الفعليّان «۲» بفعلٍ واحدٍ فى زمانٍ واحد. ثمّ صحّة هذا على القول بكون المعاطاة بيعاً مملِّكاً واضحة؛ إذ يدلّ عليها ما دلّ على صحّة المعاطاة من الطرفين، و أمّا على القول بالإباحة، فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها فى الإباحة، اللّهم إلّا أن يدّعى قيام السيرة عليها، كقيامها على المعاطاة الحقيقية.

و ربما يدّعى انعقاد المعاطاة بمجرّد إيصال الثمن و أخذ المثمن من غير صدق إعطاءٍ أصلًا، فضلًا عن التعاطى، كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقّاء، و وضع الفلس فى المكان المعدّ له إذا علم من حال السقّاء الرضا بذلك، و كذا غير الماء من المحقّرات كالخضروات «۳» و نحوها، و من هذا القبيل الدخول فى الحمّام و وضع الأُجرة فى كوز صاحب الحمّام مع غيبته.

فالمعيار فى المعاطاة: وصول العوضين، أو أحدهما «۴» مع الرضا بالتصرّف، و يظهر ذلك من المحقّق الأردبيلى رحمه اللّه أيضاً فى مسألة المعاطاة «۵»، و سيأتى توضيح ذلك فى مقامه «۶» إن شاء اللّه.

(۱) فى «ف»: أو البيع.

(۲) کذا فی «ف»، و فی غیرها: الفعلیّین.

(۳) کذا فی «ف»، و فی غیرها: کالخضریات.

(۴) فی «ف» زیادة: مقامه.

(۵) انظر مجمع الفائدة ۸: ۱۴۱.

(۶) سیأتی فی الصفحة ۱۱۲ ۱۱۳.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۷۶

ثمّ إنّه لو قلنا بأنّ اللفظ الغیر المعتبر فی العقد کالفعل فی انعقاد المعاطاة، أمکن خلوّ المعاطاة من الإعطاء و الإیصال رأساً، فیتقاولان علی مبادلة شیءٍ بشیءٍ من غیر إیصال، و لا یبعد صحّته مع صدق البیع علیه بناءً علی الملک، و أمّا علی القول بالإباحة، فالإشکال المتقدّم هنا آکد.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۷۷

[الأمر «۱»] الثالث تمیّز البائع من المشتری فی المعاطاة الفعلیّة

مع کون أحد العوضین ممّا تعارف جعله ثمناً کالدراهم و الدنانیر و الفلوس المسکوکة واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو المشتری ما لم یصرّح بالخلاف.

و أمّا مع کون العوضین من غیرها، فالثمن ما قصدا «۲» قیامه مقام الثمن «۳» فی العوضیّة، فإذا أعطی الحنطة فی مقابل اللحم قاصداً إنّ هذا المقدار «۴» من الحنطة یسوی درهماً هو ثمن اللحم، فیصدق عرفاً «۵» أنّه اشتری اللحم بالحنطة، و إذا انعکس انعکس الصدق، فیکون المدفوع بنیّة البدلیّة عن الدرهم و الدینار هو الثمن، و صاحبه هو «۶» المشتری.

و لو لم یلاحظ إلّا کون أحدهما بدلًا عن الآخر من دون نیّة قیام أحدهما مقام الثمن فی العوضیّة، أو لوحظ القیمة فی کلیهما، بأن لوحظ کون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلک المقدار «۷» من الحنطة بدرهم،

---

(۱) من «ص».

(۲) فی «ف»: ما قصد.

(۳) فی «ف»، «خ»، «ع» و «ص»: المثمن.

(۴) فی «ف»: القدر.

(۵) لم ترد «عرفاً» فی «ف».

(۶) لم ترد «هو» فی «ف».

(۷) فی «ف»: القدر.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۷۸

فتعاطیا من غیر سبق مقاولة تدلّ علی کون أحدهما بالخصوص بائعاً:

ففی کونه بیعاً و شراءً بالنسبة إلی کلٍّ منهما؛ بناءً علی أنّ البیع لغةً کما عرفت مبادلة مالٍ بمال، و الاشتراء: ترک شیءٍ و الأخذ بغیره کما عن بعض أهل اللغة «۱» فیصدق علی صاحب اللحم أنّه باعه بحنطة، و أنّه اشتری الحنطة، فیحنث لو حلف علی عدم بیع اللحم و عدم شراء الحنطة. نعم، لا یترتّب علیهما أحکام البائع و لا المشتری؛ لانصرافهما فی أدلّة تلک الأحکام إلی من اختصّ بصفة «۲» البیع أو الشراء، فلا یعمّ من کان فی معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارین.

أو کونه بیعاً بالنسبة إلی من یعطی أوّلًا؛ لصدق الموجب علیه، و شراءً بالنسبة إلی الآخذ؛ لکونه قابلًا عرفاً.

أو کونها «۳» معاطاة مصالحة؛ لأنّها بمعنی التسالم علی شیء؛ و لذا حملوا الروایة الواردة فی قول أحد الشریکین لصاحبه: «لک ما عندک، و لی ما عندی» «۴» علی الصلح «۵».

---

(۱) انظر لسان العرب ۷: ۱۰۳، و القاموس ۴: ۳۴۸، مادّة: «شری».

(۲) فی «خ»، «ع» و «ص»: «بصیغة»، و فی نسخة بدلها: بصفة.

(۳) کذا فی «ف»، «ش» و مصحّحة «ن»، و فی غیرها: «کونهما»، و تأنیث الضمیر باعتبار الخبر، کما هی طریقة المصنّف قدّس سرّه.

(۴) الوسائل ۱۳: ۱۶۶، الباب ۵ من أبواب أحکام الصلح، الحدیث الأوّل.

(۵) فإنّهم استدلّوا بالروایة المذکورة علی صحّة المصالحة مع جهالة المصطلحین بما وقعت فیه المنازعة، انظر المسالک ۴: ۲۶۳، و الحدائق ۲۱: ۹۲، و الجواهر ۲۶: ۲۱۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۷۹

أو کونها معاوضة مستقلّة لا یدخل تحت العناوین المتعارفة، وجوه.

لا یخلو ثانیها عن قوّة؛ لصدق تعریف «البائع» لغةً و عرفاً علی الدافع أوّلًا، دون الآخر، و صدق «المشتری» علی الآخذ أوّلًا، دون الآخر، فتدبّر.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۸۰

[الأمر «۱»] الرابع أنّ أصل المعاطاة و هی إعطاء کلٍّ منهما الآخر «۲» ماله یتصوّر بحسب قصد المتعاطیین علی وجوه:

أحدها: أن یقصد کلٌّ منهما تملیک ماله بمال الآخر،

فیکون الآخر «۳» فی أخذه قابلًا و متملّکاً «۴» بإزاء ما یدفعه، فلا یکون فی دفعه العوض إنشاء تملیکٍ، بل دفع لما التزمه علی نفسه بإزاء ما تملّکه، فیکون الإیجاب و القبول «۵» بدفع العین الاولی و قبضها، فدفع العین الثانی «۶» خارج عن حقیقة المعاطاة، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة؛ و بهذا الوجه صحّحنا سابقاً «۷» عدم توقّف المعاطاة علی قبض کلا العوضین، فیکون إطلاق المعاطاة علیه من حیث حصول المعاملة فیه بالعطاء دون القول، لا من حیث کونها متقوّمة

---

(۱) من «ص».

(۲) فی «ف»: لآخر.

(۳) عبارة «فیکون الآخر» ساقطة من «ش».

(۴) کذا فی «ش»، و مصحّحتی «ن» و «ص»، و فی «ف»: «أو مملّکاً»، و فی سائر النسخ: و مملّکاً.

(۵) وردت عبارة «إنشاء تملیک إلی الإیجاب و القبول» فی «ف» هکذا: أنشأ نفسه بإزاء ما تملّکه، فیکون تملیک، بل دفعٌ لما التزمه علی الإیجاب و القبول.

(۶) کذا فی النسخ، و الصواب: الثانیة، کما فی مصحّحة «ص».

(۷) راجع الصفحة ۷۴ ۷۵.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۸۱

بالعطاء من الطرفین.

و مثله فی هذا الإطلاق: لفظ «المصالحة» و «المساقاة» و «المزارعة» و «المؤاجرة» و غیرها، و بهذا الإطلاق یستعمل المعاطاة فی الرهن و القرض و الهبة، و ربما یستعمل فی المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم یکن عطاء، و فی صحّته تأمّل.

ثانیها «۱»: أن یقصد کلّ منهما تملیک الآخر ماله بإزاء تملیک ماله إیّاه،

فیکون تملیکاً «۲» بإزاء تملیک، فالمقاولة بین التملیکین لا الملکین، و المعاملة متقوّمة بالعطاء من الطرفین «۳»، فلو مات الثانی قبل الدفع لم یتحقّق المعاطاة.

و هذا بعید عن معنی البیع و قریب إلی الهبة المعوّضة؛ لکون کلٍّ من المالین خالیاً عن العوض، لکن إجراء حکم الهبة المعوضة علیه مشکل؛ إذ لو لم یملکه الثانی هنا لم یتحقّق التملیک من الأوّل؛ لأنّه إنّما ملکه بإزاء تملیکه، فما لم یتحقّق تملیک الثانی لم یتحقّق تملیکه «۴»، إلّا أن یکون تملیک الآخر له ملحوظاً عند تملیک الأوّل علی نحو الداعی، لا العوض، فلا یقدح تخلّفه.

فالأولی أن یقال: إنّها مصالحة و تسالم علی أمرٍ معیّن أو معاوضة مستقلّة.

---

(۱) فی «ف»: الثانی.

(۲) کذا فی «ف»، و فی غیرها: تملیک.

(۳) عبارة «من الطرفین» ساقطة من «ف».

(۴) کذا فی «ف»، و فی «ص» و «ش»: «تملّکه»، و فی «ن» و «م»: «تملّکاً»، و فی «خ» و «ع»: تملّک.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۸۲

ثالثها: أن یقصد الأوّل إباحة ماله بعوض،

فیقبل الآخر بأخذه إیّاه، فیکون الصادر من الأوّل الإباحة بالعوض، و من الثانی بقبوله لها التملیک، کما لو صرّح بقوله: أبحت لک کذا بدرهم.

رابعها: أن یقصد کلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر

«۱»، فیکون إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة بداعی «۲» إباحة، علی ما تقدّم نظیره فی الوجه الثانی من إمکان تصوّره علی نحو الداعی، و علی نحو العوضیة.

و کیف کان، فالإشکال فی حکم القسمین الأخیرین علی فرض قصد المتعاطیین لهما، و منشأ الإشکال:

أوّلًا الإشکال فی صحّة إباحة «۳» جمیع التصرّفات حتی المتوقّفة علی ملکیّة المتصرّف، بأن یقول: أبحت لک کلّ تصرّف، من دون أن یملّکه العین.

و ثانیاً الإشکال فی صحّة الإباحة بالعوض، الراجعة إلی عقد مرکّب من إباحة و تملیک.

فنقول: أمّا إباحهٔ جمیع التصرّفات حتی المتوقّفهٔ علی الملک، فالظاهر «۴» أنّها «۵» لا تجوز؛ إذ التصرّف الموقوف علی الملک لا یسوغ

(۱) کذا فی «ف»، و فی سائر النسخ: «آخر»، و فی مصحّحهٔ «ع» و نسخهٔ بدل «ش»: اخری.

(۲) کذا فی «ص»، و فی غیرها: لداعی.

(۳) لم ترد «إباحهٔ» فی «ف».

(۴) لم ترد «فالظاهر» فی «ف».

(۵) کذا فی «ش»، و فی غیرها: أنّه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۸۳

لغیر المالک بمجرّد إذن المالک؛ فإنّ إذن المالک لیس مشرّعاً، و إنّما یمضی فیما یجوز شرعاً، فإذا کان بیع الإنسان مال غیره لنفسه بأن یملک الثمن مع خروج المبیع عن ملک غیره غیر معقول کما صرّح به العلّامهٔ فی القواعد «۱» فکیف یجوز للمالک أن یأذن فیه؟

نعم، یصحّ ذلک بأحد وجهین، کلاهما فی المقام مفقود «۲»:

أحدهما: أن یقصد المبیح بقوله: «أبحت لک أن تبیع مالی لنفسک» أن ینشأ «۳» توکیلًا له فی بیع ماله له، ثمّ نقل الثمن إلی نفسه بالهبهٔ، أو فی نقله أوّلًا إلی نفسه ثمّ بیعه، أو تملیکاً له بنفس هذه الإباحهٔ، فیکون إنشاء تملیک له، و یکون بیع المخاطب بمنزلهٔ قبوله، کما صرّح فی التذکرهٔ: بأنّ قول الرجل «۴» لمالک العبد: «أعتق عبدک عنّی بکذا» استدعاءٌ لتملیکه، و إعتاق المولی عنه جواب لذلک الاستدعاء «۵»، فیحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب، و یقدّر وقوعه قبل العتق آناً ما، فیکون هذا بیعاً ضمنیاً لا یحتاج إلی الشروط المقرّرهٔ

(۱) انظر القواعد ۱: ۱۶۶، و فیه: «لأنّه لا یتصوّر أن یبیع ملک غیره لنفسه».

(۲) فی مصحّحهٔ «ن»: مفقودان.

(۳) کذا فی «ف»، «ش» و مصحّحهٔ «ن»، و فی «ع»، «ص» و نسخهٔ بدل «ش»: «إنشاء توکیل»، و نسبه الشهیدی فی شرحه إلی بعض النسخ المصحّحهٔ، انظر هدایهٔ الطالب: ۱۸۰.

(۴) وردت عبارهٔ «بمنزلهٔ قبوله إلی قول الرجل» فی «ف» هکذا: بمنزلهٔ قبولٍ له، کما صرّح به فی التذکرهٔ بأن یقول الرجل.

(۵) التذکرهٔ ۱: ۴۶۲.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۸۴

لعقد البیع، و لا شکّ أنّ المقصود فیما نحن فیه لیس الإذن فی نقل المال إلی نفسه أوّلًا، و لا فی نقل الثمن إلیه ثانیاً، و لا قصد التملیک بالإباحهٔ المذکورهٔ، و لا قصد المخاطب التملّک «۱» عند البیع حتی یتحقّق تملیک «۲» ضمنیّ مقصود للمتکلّم و المخاطب، کما کان مقصوداً و لو إجمالًا فی مسألهٔ «أعتق عبدک عنّی»؛ و لذا عدّ «۳» العامّهٔ و الخاصّهٔ من الأُصولیین دلالهٔ هذا الکلام علی التملیک من دلالهٔ الاقتضاء التی عرّفوها: بأنّها دلالهٔ مقصودهٔ للمتکلّم یتوقّف صحّهٔ الکلام عقلًا أو شرعاً علیه، فمثّلوا للعقلیّ «۴» بقوله تعالی وَ سْئَلِ الْقَرْیَهَ «۵»، و للشرعی «۶» بهذا المثال «۷»، و من المعلوم بحکم الفرض أنّ المقصود فیما نحن فیه لیس إلّا مجرّد الإباحهٔ.

الثانی: أن یدلّ دلیل شرعیّ علی حصول الملکیّهٔ للمباح له بمجرّد الإباحهٔ، فیکون کاشفاً عن ثبوت الملک له عند إرادهٔ البیع آناً ما، فیقع البیع فی ملکه «۸»، أو یدلّ دلیلٌ شرعیّ علی انتقال الثمن عن المبیح

(۱) فی «ف»: التملیک.

(۲) فی «ف» بدل «تملیک»: قصد.

(۳) فی «ف»، «خ»، «م» و «ع»: عدّه.

(۴) فی «ف»: العقلی.

(۵) یوسف: ۸۲.

(۶) فی «ف»: و الشرعی.

(۷) انظر: الإحکام فی أُصول الأحکام؛ للآمدی ۳: ۷۲ (طبعة دار الکتاب العربی)، و الوافیة فی أُصول الفقه: ۲۲۸.

(۸) کذا فی «ش»، و فی «ف» و «خ»: «یقع المبیع فی ملکه له»، و هکذا فی سائر النسخ مع اختلافٍ یسیر، إلّا أنّه صُحّح فی بعضها بما فی المتن.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۸۵

بلا فصل بعد البیع، فیکون ذلک شبه دخول العمودین فی ملک الشخص آناً ما لا یقبل غیر العتق؛ فإنّه حینئذٍ یقال بالملک المقدّر آناً ما؛ للجمع بین الأدلّة.

و هذا الوجه مفقود فیما نحن فیه؛ إذ المفروض أنّه لم یدلّ دلیل بالخصوص علی صحّة هذه الإباحة العامّة، و إثبات صحّته بعموم مثل «الناس مسلّطون علی أموالهم» «۱» یتوقّف علی عدم مخالفة مؤدّاها لقواعد أُخر مثل: توقّف انتقال الثمن إلی الشخص علی کون المثمن مالًا له، و توقّف صحّة العتق علی الملک، و صحّة الوطء علی التحلیل بصیغة خاصّة، لا بمجرّد الإذن فی مطلق التصرّف.

و لأجل ما ذکرنا صرّح المشهور، بل قیل: لم یوجد خلاف «۲»، فی أنّه لو دفع إلی غیره مالًا و قال: اشترِ به لنفسک طعاماً من غیر قصد الإذن فی اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استیفاء الدین منه بعد الشراء لم یصحّ، کما صرّح به فی مواضع من القواعد «۳»، و علّله فی بعضها «۴» بأنّه لا یعقل شراء شیءٍ لنفسه

---

(۱) عوالی اللآلی ۱: ۲۲۲، الحدیث ۹۹.

(۲) قاله صاحب الجواهر قدّس سرّه، انظر الجواهر ۲۳: ۱۷۴.

(۳) لم نظفر علی التصریح بذلک إلّا فی موردٍ واحد، و هو حکم التسلیم و القبض، انظر القواعد ۱: ۱۵۱.

(۴) لا یوجد هذا التعلیل فی المورد المتقدّم، نعم قال فی کتاب الرهن: «و لو قال: بعه لنفسک بطل الإذن؛ لأنّه لا یتصوّر أن یبیع ملک غیره لنفسه»، القواعد ۱: ۱۶۶. و سیأتی نقل المؤلف لهذا المطلب بعینه من کتب العلّامة لا خصوص القواعد، فی الصفحة ۳۸۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۸۶

بمال الغیر «۱». و هو کذلک؛ فإنّ مقتضی مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض فی ملک من خرج المعوّض «۲» عن ملکه، و إلّا لم یکن عوضاً و بدلًا؛ و لما ذکرنا حکم الشیخ «۳» و غیره «۴» بأنّ الهبة الخالیة عن الصیغة تفید إباحة التصرّف، لکن لا یجوز وطء الجاریة مع أنّ الإباحة المتحقّقة من الواهب تعمّ جمیع التصرّفات.

و عرفت أیضاً: أنّ الشهید فی الحواشی لم یجوّز إخراج المأخوذ بالمعاطاة فی الخمس و الزکاة و ثمن الهدی، و لا وطء الجاریة «۵»، مع أنّ مقصود المتعاطیین الإباحة المطلقة.

و دعوی: أنّ الملک التقدیری هنا أیضاً لا یتوقّف علی دلالة دلیلٍ خاصّ، بل یکفی الدلالة بمجرّد «۶» الجمع بین عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» «۷» الدالّ علی جواز هذه الإباحة المطلقة، و بین أدلّة توقّف مثل العتق و البیع علی الملک «۸»، نظیر الجمع بین الأدلّة فی الملک التقدیری،

---

(۱) فی «ف»: بمال غیره.

(۲) کذا فی «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: العوض.

(۳) المبسوط ۳: ۳۱۵.

(۴) الدروس ۲: ۲۹۱.

(۵) راجع الصفحة ۳۵ و ۷۰.

(۶) کذا فی النسخ، و المناسب: یکفی فی الدلالة مجرّد ..

(۷) عوالی اللآلی ۱: ۲۲۲، الحدیث ۹۹.

(۸) راجع: الوسائل ۱۶: ۶، الباب ۵ من أبواب العتق، و ۱۲: ۲۴۸ ۲۵۲، الباب ۱ و ۲ من أبواب عقد البیع، و عوالی اللآلی ۲: ۲۹۹، الحدیث ۴، و الصفحة ۲۴۷، الحدیث ۱۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۸۷

مدفوعةٌ: بأنّ عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» إنّما یدلّ علی تسلّط الناس علی أموالهم لا علی أحکامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالک کل تصرّفٍ جائز شرعاً، فالإباحة و إن کانت مطلقة، إلّا أنّه لا یباح بتلک الإباحة المطلقة إلّا ما هو جائز بذاته فی الشریعة.

و من المعلوم: أنّ بیع الإنسان مال غیره لنفسه غیر جائز بمقتضی العقل و النقل الدالّ علی لزوم دخول العوض فی ملک مالک المعوض، فلا یشمله العموم فی «الناس مسلّطون علی أموالهم» حتی یثبت التنافی بینه و بین الأدلّة الدالّة علی توقّف البیع علی الملک، فیجمع بینهما بالتزام الملک التقدیری آناً ما.

و بالجملة، دلیل عدم جواز بیع ملک الغیر أو عتقه لنفسه حاکم علی عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» الدالّ علی إمضاء الإباحة المطلقة من المالک علی إطلاقها، نظیر حکومة دلیل عدم جواز عتق مال الغیر علی عموم «۱» وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذر عتق عبد غیره له أو لنفسه، فلا یتوهّم الجمع بینهما بالملک القهری للناذر.

نعم، لو کان هناک تعارض و تزاحم من «۲» الطرفین، بحیث أمکن تخصیص کلٍّ منهما لأجل الآخر، أمکن الجمع بینهما بالقول بحصول الملک القهری آناً ما، فتأمّل.

---

(۱) من الکتاب: الآیة ۲۹ من سورة الحجّ، و الآیة ۹۱ من سورة النحل، و الآیة ۳۴ من سورة الإسراء، و من السنّة: ما ورد فی الوسائل ۱۶: ۱۸۲، کتاب النذر و العهد.

(۲) فی «ف»: فی.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۸۸

و أمّا حصول الملک فی الآن المتعقّب بالبیع و العتق، فیما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فلیس ملکاً تقدیریاً نظیر الملک التقدیری فی الدیة بالنسبة إلی المیّت، أو شراء العبد المعتق علیه، بل هو ملک حقیقیّ حاصل قبل البیع من جهة کشف البیع عن الرجوع قبله فی الآن المتّصل؛ بناءً علی الاکتفاء بمثل هذا فی الرجوع، و لیس کذلک فیما نحن فیه.

و بالجملة، فما نحن فیه لا ینطبق علی التملیک الضمنی المذکور أوّلًا فی «أعتق عبدک عنی»؛ لتوقّفه علی القصد، و لا علی الملک المذکور ثانیاً فی شراء من ینعتق علیه؛ لتوقّفه علی التنافی بین دلیل التسلّط و دلیل توقّف العتق علی الملک، و عدم حکومة الثانی علی الأوّل، و لا علی التملیک الضمنی المذکور «۱» ثالثاً فی بیع الواهب و ذی الخیار؛ لعدم تحقّق سبب الملک هنا سابقاً بحیث یکشف البیع عنه، فلم یبقَ إلّا الحکم ببطلان الإذن فی بیع ماله لغیره، سواء صرّح بذلک کما لو قال: «بع مالی لنفسک»، أو «اشترِ بمالی

لنفسک»، أم أدخله فی عموم قوله: «أبحت لک کلّ تصرّف»، فإذا باع المباح له علی هـذا الوجه وقع البیع للمالک إمّا لازماً؛ بناءً علی أنّ قصد «۲» البائع البیع «۳» لنفسه غیر مؤثّر «۴»، أو موقوفاً علی الإجازة؛ بناءً علی أنّ المالک لم ینوِ تملّک الثمن.

---

(۱) لم ترد «المذکور» فی «ف».

(۲) فی «خ» و نسخة بدل «ع» و «ص»: نیّة.

(۳) لم ترد «البیع» فی «خ»، «م»، «ع» و «ص».

(۴) فی «ف» و «خ»: غیر مؤثّرة.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۸۹

هـذا، و لکنّ الـذی یظهر من جماعـة منهم قطب الـدین «۱» و الشـهید قـدّس سـرّهما فی بـاب بیع الغاصب: أنّ تسـلیط المشتری للبائع الغاصب علی الثمن و الإذن فی إتلافه یوجب جواز شراء الغاصب به شیئاً، و أنّه یملک الثمن «۲» بدفعه إلیه، فلیس للمالک إجازة هذا الشراء «۳».

و یظهر أیضـاً من محکیّ المختلف، حیث اسـتظهر من کلامـه فیمـا لو اشتری جاریـة بعین مغصوبـة أنّ له وطء الجاریـة مع علم البـائع بغصبیّـة الثمن، فراجع «۴». و مقتضـی ذلـک: أن یکون تسـلیط الشـخص لغیره علی مـاله و إن لم یکن علی وجه الملکیّـة یوجب جواز التصرّفات المتوقّفة علی الملک، فتأمّل. و سیأتی توضیحه فی مسألة الفضولی إن شاء اللّه تعالی.

و أمّا الکلام فی صحّة الإباحة بالعوض سواء صحّحنا إباحة التصرّفات المتوقّفة علی الملک أم خصّصنا الإباحة بغیرها فمحصّله: أنّ هذا النحو من الإباحـة المعوّضة لیست معاوضة مالیّة لیدخل کلّ من العوضـین فی ملک مالک العوض الآخر، بل کلاهما ملک للمبیح، إلّا أنّ

---

(۱) و هو محمـد بن محمـد الرازی البویهی، من تلامذة العلّامة الحلّی قدّس سرّه، و روی عنه الشـهید قدّس سرّه، و هو من أولاد أبی جعفر ابن بابویه، ذکره الشهید الثانی فی بعض إجازاته و غیره. انظر ریاض العلماء ۵: ۱۶۸.

(۲) فی «ش»: المثمن.

(۳) یظهر ذلک ممّا قالاه فی حاشیتهما علی القواعد، علی ما حکاه عنهما السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۹۲.

(۴) راجع المختلف ۵: ۲۵۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۹۰

المباح له یستحقّ التصرّف؛ فیشکل الأمر فیه «۱» من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شـرعاً و عرفاً، مع التأمّل فی صدق التجارة علیها «۲»، فضـلًا عن البیع، إلّا أن یکون نوعاً من الصـلح، لمناسبة «۳» له لغـةً؛ لأنّه فی معنی التسالم علی أمرٍ بناءً علی أنّه لا یشترط فیه لفظ «الصـلح»، کما یسـتفاد من بعض الأخبار الدالّة علی صحّته بقول المتصالحین: «لکَ ما عندک و لی ما عندی» «۴»، و نحوه ما ورد فی مصالحة الزوجین «۵»، و لو کانت معاملـة مسـتقلّة کفی فیها عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» «۶»، و «المؤمنون عند شروطهم» «۷».

و علی تقدیر الصـحّة، ففی لزومها مطلقاً؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ أو من طرف المباح له؛ حیث إنّه یخرج ماله عن ملکه، دون المبیح؛ حیث إنّ ماله باقٍ علی ملکه، فهو مسلّط علیه، أو جوازها مطلقاً، وجوه، أقواها أوّلها، ثمّ أوسطها.

و أمّا حکم الإباحة بالإباحة، فالإشـکال فیه أیضاً یظهر ممّا ذکرنا فی سابقه، و الأقوی فیها أیضاً الصحّة و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفین؛ لأصالة التسلّط.

(۱) کذا، و لعلّ تذکیر الضمیر باعتبار عوده إلی «هذا النحو».

(۲) أی الإباحة المعوضة.

(۳) فی «ش»: لمناسبته.

(۴) الوسائل ۱۳: ۱۶۶، الباب ۵ من أبواب أحکام الصلح، الحدیث الأوّل.

(۵) انظر الوسائل ۱۵: ۹۰ ۹۱، الباب ۱۱ من أبواب القسم و النشوز.

(۶) عوالی اللآلی ۱: ۲۲۲، الحدیث ۹۹.

(۷) الوسائل ۱۵: ۳۰، الباب ۲۰ من أبواب المهور، الحدیث ۴.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۹۱

[الأمر «۱»] الخامس فی حکم جریان المعاطاة فی غیر البیع من العقود و عدمه

اعلم أنّه ذکر المحقّق الثانی رحمه اللّه فی جامع المقاصد علی ما حکی عنه-: أنّ فی کلام بعضهم ما یقتضی اعتبار المعاطاة فی الإجارة، و کذا فی «۲» الهبة؛ و ذلک لأنّه «۳» إذا أمره بعملٍ علی عوضٍ معیّن فعمله استحقّ «۴» الأُجرة، و لو کانت هذه إجارة فاسدة لم یجز له العمل، و لم یستحقّ اجرة مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلک، و کذا لو وهب بغیر عقد؛ فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو کانت هبة فاسدة لم یجز، بل منع «۵» من مطلق التصرّف، و هی ملحظ «۶» وجیه «۷»، انتهی.

و فیه: أنّ معنی جریان المعاطاة فی الإجارة علی مذهب المحقّق الثانی: الحکم بملک المأمور «۸» الأجر المعیّن علی الآمر، و ملک الآمر العمل

(۱) من «ص».

(۲) عبارة «کذا فی» من «ش» و المصدر و هامش «ص».

(۳) فی غیر «ش»: أنّه.

(۴) فی «خ»، «م»، «ع»، «ص» و المصدر: «عمله، و استحقّ»، و فی «ف»: و عمله استحقّ.

(۵) فی «ص»: یمنع.

(۶) فی المصدر: و هو ملخّص.

(۷) جامع المقاصد ۴: ۵۹.

(۸) لم ترد «المأمور» فی «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۹۲

المعیّن علی المأمور به، و لم نجد من صرّح به فی المعاطاة.

و أمّا قوله: «لو کانت إجارة فاسدة لم یجز له العمل» فموضع «۱» نظر؛ لأنّ فساد المعاملة لا یوجب منعه عن «۲» العمل، سیّما إذا لم یکن العمل تصرّفاً «۳» فی عینٍ من أموال المستأجر.

و قوله: «لم یستحقّ اجرة مع علمه بالفساد»، ممنوع؛ لأنّ الظاهر ثبوت اجرة المثل؛ لأنّه لم یقصد التبرّع و إنّما قصد عوضاً لم یسلّم له.

و أمّا مسألة الهبة، فالحکم فیها بجواز إتلاف الموهوب لا یدلّ علی جریان المعاطاة فیها «۴»، إلّا إذا قلنا فی المعاطاة بالإباحة؛ فإنّ جماعة کالشیخ «۵» و الحلّی «۶» و العلّامة «۷» صرّحوا بأنّ إعطاء الهدیّة من دون الصیغة یفید الإباحة دون الملک، لکنّ المحقق الثانی

رحمه اللّه ممّن لا يرى «۸» كون «۹» المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للإباحة المجرّدة «۱۰».

و توقّف الملك فى الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متّفقاً

---

(۱) كذا فى «ش»، و فى غيرها: موضع.

(۲) فى «ف»: من.

(۳) لم ترد «تصرّفاً» فى «ف».

(۴) كذا فى «ش»، و فى غيرها: فيه.

(۵) المبسوط ۳: ۳۱۵.

(۶) السرائر ۳: ۱۷۷.

(۷) القواعد ۱: ۲۷۴.

(۸) فى «ف» و «خ» و مصحّحة «ن»: لا يرضى.

(۹) كذا فى «ص»، و فى غيرها: بكون.

(۱۰) جامع المقاصد ۴: ۵۸.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۹۳

عليه كما يظهر من المسالك «۱».

و ممّا ذكرنا يظهر المنع فى قوله: «بل مطلق التصرّف».

هذا، و لكنّ الأظهر بناءً على جريان المعاطاة فى البيع جريانها فى غيره من الإجارة و الهبة؛ لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما «۲».

و ظاهر المحكيّ عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع و غيره؛ حيث قال فى باب الرهن: إنّ الخلاف فى الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكورة «۳» فى البيع آتٍ هنا «۴»، انتهى.

لكن استشكله فى محكيّ جامع المقاصد: بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع، بخلاف ما هنا «۵».

و لعلّ وجه الإشكال: عدم تأتّى المعاطاة بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع؛ لأنّها هناك إمّا مفيدة للإباحة أو الملكيّة الجائزة على الخلاف و الأوّل غير متصوّر هنا، و أمّا الجواز «۶» فكذلك؛ لأنّه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن، خصوصاً بملاحظة أنّه لا يتصوّر هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقة فى بعض الأحيان.

---

(۱) المسالك ۶: ۱۰.

(۲) فى «ف»: فيها.

(۳) فى «ش» و مصحّحة «ن»: المذكور.

(۴) التذكرة ۲: ۱۲.

(۵) جامع المقاصد ۵: ۴۵.

(۶) العبارة فى «ف» هكذا: هناك أمّا الجواز.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۹۴

و إن جعلناها مفيدة للّزوم، كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمة على اللفظ، و كأنّ هذا هو الذى دعا المحقّق الثانى إلى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الإجارة و الهبة و القرض «۱»، و الاستشكال فى الرهن.

نعم، من لا- يبالى مخالفة ما هو المشهور، بل المتّفق عليه بينهم، من توقّف العقود اللازمة على اللفظ، أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين، فلا يشمل الرهن و لذا جوّز بعضهم «۲» الإيجاب بلفظ الأمر ك «خذه»، و الجملة الخبرية أمكن أن يقول بإفادة المعاطاة فى الرهن اللزوم؛ لإطلاق بعض أدلّة الرهن «۳»، و لم يقم هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام فى المعاوضات.

و لأجل ما ذكرنا فى الرهن يمنع من جريان المعاطاة فى الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض؛ لأنّ القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللفظ، و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع، فتأمّل.

نعم، احتمل «۴» الاكتفاء بغير اللفظ فى باب وقف المساجد من

---

(۱) تقدّم منه قدّس سرّه ما يرتبط بالأوّلين فى الصفحة ۹۱، و أمّا بالنسبة إلى القرض فليراجع جامع المقاصد ۵: ۲۰.

(۲) كالشهيد قدّس سرّه فى كتاب الرهن من الدروس ۳: ۳۸۳.

(۳) مثل قوله تعالى «فَرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ» البقرة: ۲۸۳، و مثل ما ورد فى الوسائل ۱۳: ۱۲۱، كتاب الرهن.

(۴) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: «يظهر»، و فى نسخة بدل «خ»، «م» و «ع»: يحتمل.

الذكرى «۱» تبعاً للشيخ رحمه اللّه «۲».

ثمّ إنّ الملزم للمعاطاة فيما تجرى فيه من العقود الأُخر هو الملزم فى باب البيع، كما سننبّه به بعد هذا الأمر.

---

(۱) الذكرى: ۱۵۸.

(۲) المبسوط ۱: ۱۶۲.

الأمر السادس فى ملزمات المعاطاة على كلٍّ من القول بالملك و القول بالإباحة

اعلم: أنّ الأصل على القول بالملك اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدّمة «۱»، و أمّا على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، و أصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، و هى حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ تلف العوضين ملزم إجماعاً على الظاهر المصرّح به فى بعض العبائر «۲» أمّا على القول بالإباحة فواضح؛ لأنّ تلفه من مال مالكه و لم يحصل ما يوجب ضمان كلٍّ منهما مال صاحبه، و توهّم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفعٌ بما سيجىء «۳».

و أمّا على القول بالملك، فلما عرفت «۴» من أصالة اللزوم، و المتيقّن

---

(۱) المتقدّمة فى الصفحة ۵۱ ۵۶.

(۲) صرّح بعدم الخلاف: المحدّث البحرانى فى الحدائق ۱۸: ۳۶۲، و الشيخ الكبير كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة: ۵۰، و السيّد المجاهد فى المناهل: ۲۶۹، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۵۷.

(۳) يجىء فى الصفحة ۹۸ عند قوله: و التمسّك بعموم على اليد هنا فى غير محلّه.

(۴) فى الصفحة ۵۱.

من مخالفتها جواز ترادّ العينين «۱»، و حيث ارتفع مورد الترادّ امتنع، و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التلف؛ لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه، بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما «۲»، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع فى العين، نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبة، فلا يبقى بعد التلف متعلّق الجواز «۳»، بل الجواز هنا يتعلّق «۴» بموضوع الترادّ، لا مطلق الرجوع الثابت فى الهبة.

هذا، مع أنّ الشكّ فى أنّ متعلّق الجواز هل هو أصل «۵» المعاملة أو الرجوع فى العين، أو ترادّ العينين؟ يمنع من استصحابه؛ فإنّ المتيقّن تعلّقه بالترادّ؛ إذ لا دليل فى مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز ترادّ العينين الذى لا يتحقّق إلّا مع بقائهما.

و منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك.

و أمّا على القول بالإباحة، فقد استوجه بعض مشايخنا «۶» وفاقاً

---

(۱) كذا فى «ف»، «ش» و نسخة بدل «م»، «ع»، «ص» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: العين.

(۲) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: تلفها.

(۳) فى «ف»: للجواز.

(۴) فى «ف»: متعلّق.

(۵) لم ترد «أصل» فى «ف».

(۶) و هو السيّد المجاهد فى المناهل: ۲۶۹.

لبعض معاصريه «۱»، تبعاً للمسالك «۲» أصالة عدم اللزوم؛ لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة، و ملكه لها.

و فيه: أنّها معارضة بأصالة براءة ذمّته عن مثل التالف «۳» أو قيمته، و التمسّك بعموم «على اليد» هنا فى غير محلّه، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل و لا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع، إنّما الكلام فى الضمان إذا أراد الرجوع، و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، مع أنّ ضمان «۴» التالف ببدله معلوم، إلّا أنّ الكلام فى أنّ البدل هو البدل الحقيقى، أعنى المثل أو القيمة، أو البدل الجعلى، أعنى العين الموجودة، فلا أصل.

هذا، مضافاً إلى ما قد يقال: من أنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه، و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقى، و هو المثل أو القيمة، فتدبّر.

و لو كان أحد العوضين ديناً فى ذمّة أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمّته، فيسقط عنه، و الظاهر أنّه فى حكم التلف؛

---

(۱) و هو الفاضل النراقى فى المستند ۲: ۳۶۳.

(۲) المسالك ۳: ۱۴۹.

(۳) فى «ش» زيادة: عنده.

(۴) ورد فى «ف» بدل عبارة «و لكن يمكن أن يقال إلى مع أنّ ضمان» ما يلى: و لكن يمكن أن يمنع أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة؛ لأنّ ضمان ..

لأنّ الساقط لا يعود، و يحتمل العود، و هو ضعيف، و الظاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالإباحة، فافهم.

و لو نقل العينان «۱» أو إحداهما «۲» بعقدٍ لازم، فهو كالتلف على القول بالملك؛ لامتناع الترادّ، و كذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرّفات الناقلة.

و لو عادت العين بفسخ، ففي جواز الترادّ على القول بالملك؛ لإمكانه فيستصحب، و عدمه؛ لأنّ المتيقّن من الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكه، وجهان. أجودهما ذلك؛ إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز الترادّ بقولٍ مطلق، بل المتيقّن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

و كذا على القول بالإباحة؛ لأنّ التصرّف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك؛ لعدم تحقّق جواز الترادّ في السابق هنا حتى يستصحب، بل المحقّق أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل المقطوع بانتفائها.

نعم، لو قلنا: بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأوّل و إن كان مباحاً لغيره ما لم يستردّ عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادّ لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأوّل، أو عائداً «۳» إليه بفسخ.

---

(۱) كذا في «ش»، و في غيرها: العينين.

(۲) في «ف»: أحدهما.

(۳) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: و عائداً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۰۰

و كذا لو قلنا: بأنّ «۱» البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرّف و الإتلاف، و يملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع «۲».

لكنّ الوجهين «۳» ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

و لو كان الناقل عقداً جائزاً لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه، و لا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالترادّ غير متحقّق، و تحصيله غير واجب، و كذا على القول بالإباحة؛ لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.

نعم، لو كان غير معاوضة كالهبة، و قلنا بأنّ التصرّف في مثله لا يكشف «۴» عن سبق الملك إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالًا لواحد و انتقال المعوّض «۵» إلى الآخر «۶»، بل الهبة ناقلة للملك «۷» عن ملك المالك إلى المتّهب فيتحقّق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب اتّجه الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين

---

(۱) في «ف»: أنّ.

(۲) تقدّم استظهار ذلك عن قطب الدين و الشهيد قدّس سرّهما في الصفحة ۸۹.

(۳) كذا في «ش» و مصحّحة «ص»، و في غيرهما: الوجهان.

(۴) كذا في «ش» و نسخة بدل «م»، «ع»، «ص» و مصحّحة «ن»، و في سائر النسخ: للكشف.

(۵) كذا في «ف» و «ش»، و أمّا سائر النسخ، ففي بعضها: «لانتقال العين»، و في بعضها: و انتقال العين.

(۶) في مصحّحة «ن» و «خ»: آخر.

(۷) لم ترد «للملك» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ١٠١

الأُخرى أو عودها إلى مالكها «١» بهذا النحو من العود؛ إذ لو عادت «٢» بوجهٍ آخر كان حكمه حكم التلف.

و لو باع العين ثالث فضولًا، فأجاز المالك الأوّل، على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعه و سائر تصرّفاته الناقلة.

و لو أجاز المالك الثانی، نفذ بغير إشكال.

و ينعكس الحكم إشكالًا و وضوحاً على القول بالإباحة، و لكلٍّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر.

و لو رجع الأوّل فأجاز الثانی، فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع، و يحتمل عدمه؛ لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ «٣» و يلغو الإجازة، و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً.

و لو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك؛ لامتناع التراد، و يحتمل الشركة، و هو ضعيف.

أمّا على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به، نعم لو كان المزج مُلحِقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف.

و لو تصرّف فی العين تصرّفاً مغيّراً للصورة كطحن الحنطة و فصل الثوب فلا لزوم على القول بالإباحة، و على القول بالملك، ففی اللزوم

---

(١) كذا فی «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: عوده إلى مالكه.

(٢) فی غير «ش»: لو عاد.

(٣) كذا فی «ف»، «ش» و نسخة بدل «ن»، و فی «ص»: و يفسد، و فی سائر النسخ: فيفسد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ١٠٢

وجهان مبنيّان على جريان استصحاب جواز التراد، و منشأ الإشكال: أنّ الموضوع فی الاستصحاب عرفیّ أو حقيقیّ.

ثمّ إنّك قد عرفت ممّا ذكرنا أنّه ليس جواز الرجوع فی مسألة المعاطاة نظير الفسخ فی العقود اللازمة حتى يورّث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداءً أو فی ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فی الهبة، و على القول بالإباحة نظير الرجوع فی إباحة الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطنی، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرّف، فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛ لأنّ مَن له و إليه الرجوع هو المالك الأصلی، و لا يجری الاستصحاب.

و لو جُنّ أحدهما، فالظاهر قيام وليّه مقامه فی الرجوع على القولين.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ١٠٣

[الأمر «١»] السابع أنّ الشهيد الثانی ذكر فی المسالك وجهين فی صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلّة،

قال: يحتمل الأوّل؛ لأنّ المعاوضات محصورة و ليست إحداها، و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. و يحتمل الثانی؛ لإطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف؟ و تظهر الفائدة فی ترتّب الأحكام المختصّة بالبيع عليها، كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه. و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاة، أو من حين اللزوم؟ كلّ محتمل، و يشكل الأوّل بقولهم: «إنّها ليست بيعاً»، و الثانی بأنّ التصرّف ليس معاوضة بنفسها «٢»، اللّهم إلّا أن يجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ بناءً على أنّها ليست لازمة، و إنّما يتمّ على قول المفيد و من تبعه «٣»، و أمّا خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما أنّ خيار المجلس منتفٍ «۴»، انتهى.

و الظاهر أنّ هذا تفريع على القول بالإباحة فی المعاطاة، و أمّا على

(١) من «ص».

(٢) فى المصدر و نسخة بدل «ن»: بنفسه.

(٣) من القائلين بلزوم المعاطاة كما تقدّم عنهم فى الصفحة ٣٧ و غيرها.

(۴) المسالک ٣: ١٥١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٠۴

القول بكونها «١» مفيدة للملك المتزلزل، فيلغى «٢» الكلام فى كونها معاوضة مستقلّة أو بيعاً متزلزلًا قبل اللزوم، حتى يتبعه حكمها «٣» بعد اللزوم؛ إذ الظاهر أنّه «۴» عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال «۵» فى ذلك عندهم على ما تقدّم من المحقّق الثانى «۶» فإذا لزم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدى الذى مبناه على اللزوم لولا الخيار، و قد تقدّم «٧» أنّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

و كيف كان، فالأقوى أنّها على القول بالإباحة بيع عرفيّ لم يصحّحه الشارع و لم يمضه إلّا بعد تلف إحدى العينين أو ما فى حكمه، و بعد التلف يترتّب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر.

و المحكيّ عن حواشى الشهيد: أنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جائزة

(١) فى «ف»: بأنّها.

(٢) فى «ف» و مصحّحة «ن»: «فيبقى»، و فى «ص»: «فيلغو»، و فى نسخة بدل «ش»: «فينبغى»، و جاء فى هامش «ن»: «الظاهر أن يقال: فلا ينبغى الكلام»، و فى شرح الشهيدى (١٨٧): الصحيح «ينبغى» بدل «يلغى».

(٣) كذا فى النسخ، و المناسب: «حكمه»، كما فى مصحّحة «ن».

(۴) كذا فى النسخ، و المناسب: «أنّها»، كما فى مصحّحة «ن».

(۵) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: بل لا إشكال.

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصارى، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ۶ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، قم - ايران، اول، ١۴١۵ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)؛ ج٣، ص: ١٠۴

(۶) تقدّم فى الصفحة ٣٢.

(٧) تقدّم فى الصفحة ٩٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٠۵

أو لازمة «١». و الظاهر أنّه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كلٍّ من العينين مباحاً عوضاً عن الأُخرى، لكن لزوم «٢» هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بدّ أن يقول بالإباحة اللازمة، فافهم.

(١) حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ١۵٨.

(٢) فى «ف» بدل «لزوم»: رفع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۰۶

[الأمر «۱»] الثامن لا إشكال فى تحقّق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصّة و العامّة

بما إذا تحقّق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل، و هو قبض العينين.

أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم:

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيءٍ زائد على الإنشاء اللفظى كما قوّيناه سابقاً «۲» بناءً على التخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمة على اللفظ فلا إشكال فى صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً.

و إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أُمور زائدة على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولى إلى حكم المعاطاة مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقّق «۳» به مطلقاً؟

نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقّق بعده تحقّق المعاطاة، فالإنشاء القولى السابق كالعدم، لا عبرة به و لا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقّا لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولى السابق، نظير القبض فى العقد الجامع للشرائط.

---

(۱) من «ص».

(۲) فى الصفحة ۶۰.

(۳) لم ترد عبارة «أو لا يتحقّق» فى «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۰۷

ظاهر كلام غير واحدٍ من مشايخنا المعاصرين «۱»: الأوّل، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقّق و الشهيد الثانيين.

قال المحقّق فى صيغ عقوده على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتبرة فى الصيغة «۲»-: إنّه لو أوقع البيع بغير ما قلناه، و علم التراضى منهما كان معاطاة «۳»، انتهى.

و فى الروضة فى مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق-: أنّها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح «۴»، انتهى.

و ظاهر الكلامين: صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره.

و ظاهر تصريح «۵» جماعة منهم المحقّق «۶» و العلّامة «۷»-: بأنّه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير؛ لأنّ مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساده من جهة مجرّد «۸» اختلال شروط الصيغة كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط

---

(۱) منهم: السيّد المجاهد فى المناهل: ۲۷۰، و الفاضل النراقى فى المستند ۲: ۳۶۱ ۳۶۲، و صاحب الجواهر فى الجواهر ۲۲: ۲۵۶ ۲۵۷.

(۲) عبارة «على ما حكى عنه إلى فى الصيغة» لم ترد فى «ف» و «ش».

(۳) رسائل المحقّق الكركى ۱: ۱۷۸.

(۴) الروضة البهيّة ۳: ۲۲۵.

(۵) فى «ع» و «ص»: و ظاهره كصريح جماعة.

(۶) الشرائع ۲: ۱۳.

(۷) القواعد ۱: ۱۲۳.

(۸) لم ترد «مجرّد» فى «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۱۰۸

الصیغة، و قبل شروط العوضین و المتعاقدین و إمّا «۱» ما یشمل هذا و غیره کما هو الظاهر.

و کیف کان، فالصورة الأُولی داخلةٌ قطعاً، و لا یخفی أنّ الحکم فیها بالضمان منافٍ لجریان حکم المعاطاة.

و ربما یجمع «۲» بین هذا الکلام و ما تقدّم من المحقّق و الشهید الثانیین، فیقال: إنّ موضوع المسألة فی عدم جواز التصرّف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلّا بزعم صحّة المعاملة، فإذا انتفت الصحّة انتفى «۳» الإذن؛ لترتّبه «۴» على زعم الصحّة، فکان التصرّف تصرّفاً بغیر إذن و أکلًا للمال بالباطل؛ لانحصار وجه الحِلّ فی کون المعاملة بیعاً أو تجارة عن تراضٍ أو هبة، أو نحوها من وجوه الرضا بأکل المال من غیر عوض. و الأوّلان قد انتفیا بمقتضى الفرض، و کذا البواقی؛ للقطع من جهة زعمهما صحّة المعاملة بعدم الرضا بالتصرّف مع عدم بذل شی‌ء فی المقابل، فالرضا المقدّم کالعدم. فإن تراضیا بالعوضین بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما فلا کلام فی صحّة المعاملة، و رجعت إلى المعاطاة، کما إذا علم الرضا من أوّل الأمر بإباحتهما التصرّف بأیّ وجهٍ اتّفق، سواء صحّت المعاملة أم فسدت؛ فإنّ ذلک لیس من البیع الفاسد

---

(۱) کذا فی «ش»، و فی سائر النسخ: أو.

(۲) الجامع هو السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة.

(۳) فی «ف»، «خ»، «م» و «ع»: انتفت.

(۴) فی «ف»، «خ»، «ع» و «ن»: لترتّبها، و صُحّح فی «ن» بما أثبتناه فی المتن.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۱۰۹

فی شی‌ء «۱»، انتهى «۲».

أقول: المفروض أنّ الصیغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمّن إلّا إنشاءً واحداً هو التملیک، و من المعلوم أنّ هذا المقدار لا یوجب بقاء الإذن الحاصل فی ضمن التملیک بعد فرض انتفاء التملیک، و الموجود بعده إن کان إنشاءً آخر فی ضمن التقابض خرج عن محلّ الکلام؛ لأنّ المعاطاة حینئذٍ إنّما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنّک عرفت أنّ ظاهر کلام الشهید و المحقّق الثانیین حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهمة بقصد البیع و بنفس الصیغة الخالیة عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

و منه یعلم: فساد ما ذکره من حصول المعاطاة بتراضٍ جدید بعد العقد غیر مبنیّ على صحّة العقد.

ثمّ إنّ ما ذکره من التراضی الجدید بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غیره من الصور، مع أنّ کلام الجمیع مطلق یرد علیه:

أنّ هذا التراضی إن کان تراضیاً آخر حادثاً بعد العقد:

فإن کان «۳» لا على وجه المعاطاة، بل کلّ منهما رضى بتصرّف الآخر فی ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرّفه فی ماله، فهذا لیس من المعاطاة، بل هی إباحة مجّانیة من الطرفین تبقى ما دام العلم

---

(۱) مفتاح الکرامة ۴: ۱۶۸.

(۲) کلمة «انتهى» من «ف» و «خ».

(۳) فی «ف»: و إن کان.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۱۱۰

بالرضا، و لا یکفی فیه عدم العلم بالرجوع «۱»؛ لأنّه کالإذن الحاصل من شاهد الحال، و لا یترتّب علیه أثر المعاطاة: من اللزوم بتلف

إحدى العينين، أو جواز التصرّف إلى حين العلم بالرجوع «۲»، و إن كان على وجه المعاطاة فهذا ليس إلّا التراضى السابق على ملكية كلٍّ منهما لمالك الآخر «۳»، و ليس تراضياً جديداً؛ بناءً «۴» على أنّ المقصود بالمعاطاة التمليك كما عرفته من كلام المشهور «۵» خصوصاً المحقّق الثانى «۶» فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدّم عن صيغ العقود-: «إنّ الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضى تدخل فى المعاطاة» «۷» التراضى «۸» الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة.

و تفصيل الكلام: أنّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط: إمّا أن يقع تقابضهما بغير رضاً من كلٍّ منهما فى تصرّف الآخر بل حصل قهراً عليهما أو على أحدهما، و إجباراً على العمل بمقتضى العقد فلا إشكال فى حرمة التصرّف فى المقبوض على هذا الوجه.

---

(۱) فى مصحّحة «ن» و «ش»: عدم العلم به و بالرجوع.

(۲) فى غير «ف» و «ش» زيادة: «أو مع ثبوت أحدهما»، إلّا أنّه شطب عليها فى «ن» و «م».

(۳) فى «ص»: لمال الآخر.

(۴) لم ترد «بناءً» فى «ف».

(۵) راجع الصفحة ۲۵ و ما بعدها.

(۶) تقدّم كلامه فى الصفحة ۳۲.

(۷) تقدّم فى الصفحة ۱۰۷.

(۸) فى «ف» و «ن»: «بالتراضى»، و لكن صُحّح فى الأخير بما أثبتناه فى المتن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۱۱

و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلٍّ منهما على ملكية الآخر اعتقاداً أو تشريعاً كما فى كلّ قبض وقع على هذا الوجه؛ لأنّ حيثيّة كون القابض مالكاً مستحقّاً لما يقبضه «۱» جهة تقييدية مأخوذة فى الرضا ينتفى بانتفائها فى الواقع، كما فى نظائره.

و هذان الوجهان ممّا لا إشكال فيه «۲» فى حرمة التصرّف فى العوضين، كما أنّه لا إشكال فى الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التمليك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد.

و أمّا إن وقع «۳» الرضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتنائه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصدٍ لإنشاء التمليك «۴»، بل وقع مقارناً لاعتقاد «۵» الملكية الحاصلة، بحيث لولاها لكان الرضا أيضاً موجوداً، و كان المقصود الأصلى من المعاملة التصرّف، و أوقعا العقد الفاسد وسيلةً له و يكشف عنه أنّه لو سئل كلّ منهما عن رضاه «۶» بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التمليك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً فإدخال هذا فى المعاطاة يتوقّف على أمرين

---

(۱) فى «ف»: لما يستحقّه.

(۲) كلمة «فيه» من «ش» فقط.

(۳) فى «ف»: أن يقع.

(۴) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: تمليك.

(۵) فى «ف»: لاعتقاده.

(۶) كذا فى «ف» و «ص»، و فى غيرهما: من رضاه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۱۲

الأوّل: كفاية هذا الرضا المركوز فى النفس، بل الرضا الشأني؛ لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكاً فى نظره، و قد

صرّح بعض من قارَب عصرنا بكفاية ذلك «١»، و لا يبعد رجوع الكلام المتقدّم ذكره «٢» إلى هذا؛ و لعلّه لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس.

الثاني: أنّه لا يشترط في المعاطاة «٣» إنشاء الإباحة أو التمليك بالقبض، بل و لا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كلٍّ من العوضين إلى مالكه «۴» الآخر، و الرضا بالتصرّف قبله أو بعده على الوجه المذكور.

و فيه إشكال:

من أنّ ظاهر محلّ النزاع بين العامّة و الخاصّة هو العقد الفعلي كما ينبئ عنه قول العلّامة رحمه اللّه «۵» في ردّ كفاية المعاطاة في البيع-: إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد «۶»، و كذا استدلال المحقّق الثاني على عدم لزومها-: بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة «٧»، و كذا

---

(١) الظاهر هو المحقّق التستري، انظر مقابس الأنوار: ١٢٨.

(٢) يعني به ما أفاده السيّد العاملي بقوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر .. إلخ» المتقدّم في الصفحة ١٠٨.

(٣) في «ش»: المباحات.

(۴) كذا في «ف» و «ص»، و في غيرهما: المالك.

(۵) في «ف» زيادة: «في التذكرة»، و لم ترد فيها عبارة الترحيم.

(۶) التذكرة ١: ۴۶٢.

(٧) جامع المقاصد ۴: ۵٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١١٣

ما تقدّم من الشهيد رحمه اللّه في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، و إنّما يفيد الإباحة «١»، إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أنّ محلّ الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، و كذا كلمات العامّة، فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي «٢».

و من أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي «٣» في كلماتهم لمجرّد الدلالة على الرضا، و أنّ عمدة الدليل على ذلك هي «۴» السيرة؛ و لذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلّا قبض أحد العوضين، و السيرة موجودة في المقام أيضاً «۵» فإنّ بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها «۶» مع عدم حضورهم و وضعهم «٧» الفلوس في الموضع المعدّ له «٨»، و على دخول الحمّام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمامي.

---

(١) القواعد و الفوائد ١: ١٧٨، القاعدة ۴٧.

(٢) راجع الصفحة ٢٧.

(٣) في «ف» و نسخة بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و «ش»: التقابض.

(۴) في «ف»: هو.

(۵) كلمة «أيضاً» من «ف» و مصحّحة «ن».

(۶) في «ف»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و نسخة بدل «ن»: «أربابهم»، و في مصحّحة «ن» و «ص»: «أربابها».

(٧) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «يضعون»، و في نسخة بدل أكثرها ما أثبتناه في المتن.

(٨) في مصحّحة «ص»: «لها».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١١۴

فالمعيار فى المعاطاة: وصول «١» المالين أو أحدهما مع التراضى بالتصرّف، و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة.

(١) فى «ف»، «خ» و «ع»: «دخول»، و فى نسخة بدل «ع»: وصول.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١١۵

[الكلام فى عقد البيع]

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١١٧

مقدّمة فى خصوص ألفاظ عقد البيع«١»

[اعتبار اللفظ فى العقود و كفاية الإشارة أو الكتابة مع العجز عن التلفظ]

قد عرفت أنّ اعتبار اللفظ فى البيع بل فى جميع العقود ممّا نقل عليه «٢» الإجماع «٣» و تحقّق فيه الشهرة العظيمة، مع الإشارة إليه فى بعض النصوص «۴»، لكنّ هذا يختصّ «۵» بصورة القدرة، أمّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال و لا خلاف فى عدم اعتبار اللفظ و قيام الإشارة مقامه، و كذا مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه كما قيل «۶» لأنّ الوجوب بمعنى الاشتراط

(١) سيأتى ذكر ذى المقدّمة فى الصفحة ١٣٠، و هو قوله: «إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول ..».

(٢) فى غير «ف» و «ش» زيادة: «عقد»، إلّا أنّه شطب عليه فى «ن».

(٣) تقدّم عن السيّد ابن زهرة فى الصفحة ٢٩، و عن المحقّق الكركى فى الصفحة ۵٧.

(۴) نحو قوله عليه السلام: «إنّما يُحلّل الكلام و يحرّم الكلام»، الوسائل ١٢: ٣٧۶، الباب ٨ من أبواب العقود، الحديث ۴، و غير ذلك، و راجع الصفحة ۶٢ ۶٣.

(۵) فى «ف»: مختصّ.

(۶) قاله السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ١۶۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١١٨

كما فيما نحن فيه هو الأصل، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الأخرس «١»، فإنّ حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فى عدم الوجوب.

ثمّ لو قلنا: بأنّ الأصل فى المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكيّة «٢»، فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

و الظاهر أيضاً: كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة؛ لفحوى ما ورد من النصّ على جوازها فى الطلاق «٣»، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه. و أمّا مع القدرة على الإشارة فقد رجّح بعض «۴» الإشارة؛ و لعلّه لأنّها أصرح فى الإنشاء من الكتابة. و فى بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس «۵»، و إليه ذهب الحلّى رحمه اللّه هناك «۶».

ثمّ الكلام فى الخصوصيات المعتبرة فى اللفظ:

اشارة

تارةً يقع فى موادّ الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة

(۱) الوسائل ۱۵: ۲۹۹، الباب ۱۹ من أبواب الطلاق.

(۲) كذا فى «ف»، و فى غيرها: للملكية.

(۳) الوسائل ۱۵: ۲۹۹، الباب ۱۹ من أبواب الطلاق، الحديث الأوّل.

(۴) كالشيخ الكبير كاشف الغطاء، انظر شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة ۴۹.

(۵) مثل صحيحة البزنطى المشار إليها فى الهامش ۳.

(۶) السرائر ۲: ۶۷۸.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۱۹

و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية، و من حيث اللغة المستعملة فى معنى المعاملة «۱».

و أُخرى فى هيئة كلٍّ من الإيجاب و القبول، من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعليّة، و كونه بالماضى.

و ثالثة فى هيئة تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالاة.

[المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنائية و المجازية]

أمّا الكلام من حيث المادّة، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات.

قال فى التذكرة: الرابع من شروط الصيغة: التصريح «۲»، فلا يقع بالكناية بيعٌ البتّة، مثل قوله: أدخلته فى ملكك، أو جعلته لك، أو خذه منّى بكذا «۳»، أو سلّطتك عليه بكذا؛ عملًا بأصالة بقاء الملك، و لأنّ المخاطب لا يدرى بِمَ خوطب «۴»، انتهى.

و زاد فى غاية المراد على الأمثلة مثل «۵» قوله «۶»: «أعطيتكه بكذا» أو «تسلّط عليه بكذا» «۷».

(۱) لم ترد عبارة «و من حيث اللغة المستعملة فى معنى المعاملة» فى «ف».

(۲) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: الصريح.

(۳) من «ش» و المصدر.

(۴) التذكرة ۱: ۴۶۲.

(۵) لم ترد «مثل» فى «ف».

(۶) فى «ش»: قولك.

(۷) لم يزد إلّا مثالًا واحداً و هو: «أعطيتك إيّاه بكذا»، انظر غاية المراد: ۸۱.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۲۰

و ربما يبدّل هذا باشتراط الحقيقة فى الصيغة، فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرّح بعضهم: بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد «۱».

و المراد بالصريح كما يظهر من جماعة من الخاصّة «۲» و العامّة «۳» فى باب الطلاق، و غيره-: ما كان موضوعاً لعنوان «۴» ذلك العقد لغةً أو شرعاً، و من الكناية: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادة نفسه بالقرائن، و هى على قسمين عندهم: جليّة و خفيّة.

[الظاهر جواز الإنشاء بكل لفظ له ظهور عرفى فى المعنى المقصود]

و الذى يظهر من النصوص المتفرّقة فى أبواب العقود اللازمة «۵» و الفتاوى المتعرّضة لصيغها فى البيع بقولٍ مطلق و فى بعض أنواعه و فى غير البيع من العقود اللازمة «۶»، هو: الاكتفاء بكلّ لفظٍ له ظهور عرفىّ معتدّ به فى المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: بعت و ملّكت، و بين قوله: نقلت إلى ملكك، أو جعلته ملكاً لك بكذا، و هذا هو الذى قوّاه جماعة من متأخّرى المتأخّرين.

(۱) حكى ذلك السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة (۴: ۱۴۹) عن أُستاذه الشريف السيّد الطباطبائى (بحر العلوم)، و صرّح بعدم الفرق أيضاً صاحب الجواهر، انظر الجواهر ۲۲: ۲۴۹.

(۲) منهم فخر المحقّقين فى إيضاح الفوائد ۳: ۱۲، و الشهيد الثانى فى المسالك ۵: ۱۷۲.

(۳) انظر المغنى ۶: ۵۳۲ (فصل انعقاد النكاح و ألفاظه)، و ۷: ۱۲۱ (باب ألفاظ الطلاق).

(۴) فى «خ»، «م»، «ع» و «ص»: بعنوان.

(۵) منها ما تقدّمت الإشارة إليها فى المعاطاة، راجع الصفحة ۵۹، الهامش ۸.

(۶) سيأتى نصّ فتاوى بعضهم.

و حكى عن جماعة ممّن تقدّمهم كالمحقّق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز، أنّه حكى عن شيخه المحقّق-: أنّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظٌ مخصوص، و أنّه اختاره أيضاً «۱».

[ظهور كلمات الفقهاء فى وقوع البيع بكل لفظ يدل عليه]

و حكى عن الشهيد رحمه اللّه فى حواشيه: أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه، مثل: «سلّمت «۲» إليك»، و «عاوضتك» «۳». و حكاه فى المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين «۴».

بل هو ظاهر العلّامة رحمه اللّه فى التحرير، حيث قال: إنّ الإيجاب اللفظ الدالّ على النقل، مثل: «بعتك» أو «ملّكتك»، أو ما يقوم مقامهما «۵».

و نحوه المحكىّ عن التبصرة و الإرشاد «۶» و شرحه لفخر الإسلام «۷».

فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النقل، فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته إلى ملكك»، أو «جعلته ملكاً لك بكذا»؟! بل ربما

(۱) كشف الرموز ۱: ۴۴۶.

(۲) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن»، و فى غيرهما: أسلمت.

(۳) حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۵۰.

(۴) المسالك ۳: ۱۴۷، و قد تقدّمت ترجمة الشخص المذكور فى الصفحة ۳۷، الهامش ۶.

(۵) التحرير ۱: ۱۶۴.

(۶) كذا حكاه عنهما السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۵۰، لكنّ الموجود فيهما لا يوافقه، انظر التبصرة: ۸۸، و الإرشاد ۱: ۳۵۹.

(۷) شرح الإرشاد (مخطوط)، لا يوجد لدينا، لكن حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۵۰.

يدّعى «۱»: أنّه ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الإيجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاصٍّ، كالشيخ «۲» و أتباعه «۳»، فتأمّل «۴».

و قد حکی عن الأکثر: تجویز البیع حالّا بلفظ السلم «۵».

و صرّح جماعة أیضاً فی بیع «التولیة»: بانعقاده بقوله: «ولّیتک العقد» «۶» أو «ولّیتک السلعة» «۷»، و التشریک فی المبیع بلفظ: «شرّکتک» «۸».

و عن المسالک فی مسألة تقبّل «۹» أحد الشریکین فی النخل حصّة صاحبه بشیءٍ معلومٍ من الثمرة-: أنّ ظاهر الأصحاب جواز ذلک بلفظ التقبیل «۱۰»، مع أنّه لا یخرج عن البیع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة

---

(۱) کذا فی «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فی غیرهما: قد یدّعی.

(۲) انظر الخلاف ۳: ۷، کتاب البیوع، المسألة ۶.

(۳) انظر المراسم: ۱۷۱، المهذّب ۱: ۳۵۰، الوسیلة: ۲۳۶.

(۴) لم یرد «فتأمّل» إلّا فی «ف» و «ش» و نسخة بدل «ن».

(۵) حکاه الشهید الثانی قدّس سرّه فی المسالک ۳: ۴۰۵.

(۶) ممّن صرّح بذلک العلّامة قدّس سرّه فی التذکرة ۱: ۵۴۵، و الشهید الأوّل فی الدروس ۳: ۲۲۱، و الشهید الثانی فی المسالک ۳: ۳۱۳، و الروضة ۳: ۴۳۶.

(۷) لم نقف علی من صرّح بانعقاده بهذه الصیغة، إلّا أنّ الشهیدین قالا: و لو قال: ولّیتک السلعة، احتمل الجواز، انظر الدروس ۳: ۲۲۱، و المسالک ۳: ۳۱۴.

(۸) صرّح به الشهیدان فی الدروس ۳: ۲۲۱، و اللمعة و شرحها (الروضة البهیّة) ۳: ۴۳۶ ۴۳۷.

(۹) فی غیر «ش» و مصحّحة «ن»: تقبیل.

(۱۰) المسالک ۳: ۳۷۰.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۱۲۳

عند جماعة «۱».

هذا ما حضرنی من کلماتهم فی البیع.

[ظهور کلمات الفقهاء فی وقوع غیر البیع بکل لفظ یدل علیه أیضا]

و أمّا فی غیره، فظاهر جماعة «۲» فی القرض عدم اختصاصه بلفظٍ خاصّ، فجوّزوه بقوله: «تصرّف فیه أو انتفع به و علیک ردّ عوضه»، أو «خُذْه بمثله»، و «أسلفتک»، و غیر ذلک ممّا عدّوا مثله فی البیع من الکنایات، مع أنّ القرض من العقود اللازمة علی حسب لزوم البیع و الإجارة.

و حکی عن جماعة «۳» فی الرهن: أنّ إیجابه یؤدّی بکلّ لفظٍ یدلّ علیه، مثل قوله: «هذه وثیقة عندک»، و عن الدروس تجویزه بقوله: «خذه»، أو «أمسکه بمالک» «۴».

و حکی عن غیر واحد «۵»: تجویز إیجاب الضمان الذی هو من العقود اللازمة بلفظ «تعهّدت المال» و «تقلّدته»، و شبه ذلک.

---

(۱) منهم الشهید الثانی فی الروضة ۳: ۳۶۸، و نسبه فی المسالک ۳: ۳۷۰ إلی ظاهر الأصحاب، و فی مفتاح الکرامة (۴: ۳۹۱) نسبه إلی صریح جماعة.

(۲) منهم المحقّق فی الشرائع ۲: ۶۷، و العلّامة فی القواعد ۱: ۱۵۶، و الشهیدان فی الدروس ۳: ۳۱۸ و المسالک ۳: ۴۴۰.

(٣) منهم المحقّق فى الشرائع ٢: ٧۵، و العلّامة فى التحرير ١: ٢٠١، و الشهيدان فى اللمعة و شرحها (الروضة البهية) ۴: ۵۴، و المحقّق السبزوارى فى الكفاية: ١٠٧.

(۴) الدروس ٣: ٣٨٣.

(۵) مثل العلّامة فى التذكرة ٢: ٨۵، و الفاضل المقداد فى التنقيح ٢: ١٨٣، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۵: ٣۵١، و أُنظر المناهل: ١١٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٢۴

و قد «١» ذكر المحقّق «٢» و جماعة ممّن تأخّر عنه «٣»: جواز الإجارة بلفظ العارية؛ معلّلين بتحقّق القصد. و تردّد جماعة «۴» فى انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة.

و قد ذكر جماعة «۵»: جواز المزارعة بكلّ لفظٍ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعة، و عن مجمع البرهان «۶» كما فى غيره «٧»-: أنّه لا خلاف فى جوازها بكلّ لفظٍ يدلّ على المطلوب، مع كونه ماضياً، و عن المشهور: جوازها بلفظ «ازرع» «٨».

و قد جوّز جماعة «٩»: الوقف بلفظ: «حرّمت» و «تصدّقت» مع

---

(١) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: و لقد.

(٢) الشرائع ٢: ١٧٩.

(٣) منهم المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائدة ١٠: ٩، لكن قيّده بانضمام شيء يدلّ على الإجارة، و صاحب الروض على ما نقله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٧: ٧۴، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٧: ٢٠۵.

(۴) منهم المحقّق فى الشرائع ٢: ١٧٩، و الشهيد فى اللمعة الدمشقية: ١۶٢.

(۵) كالمحقّق فى الشرائع ٢: ١۴٩، و العلّامة فى التذكرة ٢: ٣٣٧، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٧: ٢٩٩، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٧: ٣.

(۶) مجمع الفائدة ١٠: ٩۶.

(٧) مفتاح الكرامة ٧: ٢٩٩.

(٨) الروضة البهية ۴: ٢٧۶.

(٩) كالمحقّق فى الشرائع ٢: ٢١١، و العلّامة فى القواعد ١: ٢۶۶، و الشهيدين فى اللمعة و شرحها (الروضة البهية) ٣: ١۶۴، و المسالك ۵: ٣١٠، و انظر مفتاح الكرامة ٩: ۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٢۵

القرينة الدالّة على إرادة الوقف، مثل: «أن لا يباع و لا يورّث»، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد «١» على أنّهما من الكنايات.

و جوّز جماعة «٢»: وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتّع مع أنّه ليس صريحاً فيه.

و مع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند «٣» إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، و أنّه لا يجوز بالألفاظ المجازيّة؟! خصوصاً مع تعميمها للقريبة «۴» و البعيدة «۵» كما تقدّم عن بعض المحقّقين «۶».

و لعلّه لما عرفت من تنافى ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيّة فى العقود اللازمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء فى أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعة لذلك العقد، جمع المحقّق الثانى على ما حكى عنه فى باب السلَم و النكاح بين كلماتهم بحمل المجازات

---

(١) منهم الشهيد الثانى فى المسالك ۵: ٣١٠، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٢: ١٧، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٨: ٣.

(٢) منهم المحقّق فى المختصر: ١۶٩، و الشرائع ٢: ٢٧٣، و فيه بعد التردّد: و جوازه أرجح، و العلّامة فى القواعد ٢: ۴، و الإرشاد ٢: ۶، و الشهيد فى اللمعة: ١٨۴.

(٣) فى غير «ص» و «ش»: «يستند»، و صُحّح فى «ن» بما فى المتن.

(۴) فى «خ»، «م» و «ع»: للقرينة.

(۵) لم ترد «و البعيدة» فى «خ»، «م»، «ع» و «ص».

(۶) تقدّمت حكايته عن العلّامة بحر العلوم فى الصفحة ١٢٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٢۶

الممنوعة على المجازات البعيدة «١»، و هو جمع حسن، و لعلّ الأحسن منه «٢»: أن يراد باعتبار الحقائق فى العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملًا فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع؛ إذ لا يعقل الفرق فى الوضوح الذى هو مناط الصراحة بين إفادة لفظٍ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظٍ آخر يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ.

و هذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد؛ فإنّ الاعتماد عليه فى متفاهم «٣» المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جدّاً رجوع عمّا بنى عليه من عدم العبرة بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد؛ و لذا لم يجوّزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقالٍ أو اقتران حالٍ تدلّ «۴» على إرادة البيع جزماً.

و ممّا ذكرنا يظهر الإشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتّكالًا على القرينة الحاليّة المعيّنة، و كذا المشترك المعنوى.

---

(١) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ١۴٩، و انظر جامع المقاصد ۴: ٢٠٧ ٢٠٨ و ١٢: ٧٠.

(٢) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن»، و كذا فى «ش» لكن بدون «لعلّ»، و فى سائر النسخ: و لعلّ الأولى أن يراد.

(٣) فى «ف»: تفاهم.

(۴) فى «ص»: يدلّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٢٧

و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدّم فى عبارة التذكرة بقوله قدّس سرّه: «لأنّ المخاطب لا يدرى بِمَ خوطب» «١»؛ إذ ليس المراد: أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجية، بل المراد أنّ الخطاب بالكناية لمّا لم يدلّ على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم؛ لأنّ اللازم الأعمّ، كما هو الغالب بل المطّرد فى الكنايات، لا يدلّ على الملزوم ما لم يقصد المتكلّم خصوص الفرد المجامع «٢» مع الملزوم الخاص فالخطاب فى نفسه محتمل، لا يدرى المخاطب بِمَ خوطب، و إنّما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلّم.

و المفروض على ما تقرّر فى مسألة المعاطاة «٣» أنّ النيّة بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثّر فى النقل و الانتقال، فلم يحصل هنا عقدٌ لفظيٌّ يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه «۴» لا يجرى فى جميع ما ذكروه من أمثلة الكناية.

[دعوى أن العقود أسباب شرعية توقيفية]

ثمّ إنّه ربما يدّعى: أنّ العقود المؤثّرة فى النقل و الانتقال أسباب شرعيّة توقيفيّة، كما حكى عن الإيضاح من أنّ كلّ عقدٍ لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء «۵»، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقّن.

(١) تقدّم فى الصفحة ١١٩.

(٢) فى «خ»، «م» و «ش»: الجامع.

(٣) تقدّم فى الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة فى معنى قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام» فى الصفحة ٦١.

(۴) شطب فى «ف» على «الوجه» و كتب فوقه: التوجيه.

(۵) إيضاح الفوائد ٣: ١٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٢٨

و هو كلام لا محصّل له عند مَن لاحظ فتاوى العلماء، فضلًا عن الروايات المتكثّرة الآتية «١» بعضها.

و أمّا ما ذكره الفخر قدّس سرّه، فلعلّ المراد فيه من الخصوصيّة المأخوذة فى الصيغة شرعاً، هى: اشتمالها على العنوان المعبّر عن تلك المعاملة به فى كلام الشارع، فإذا كانت «٢» العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبّراً عنها فى كلام الشارع بالنكاح، أو الزوجيّة، أو المتعة، فلا بدّ من اشتمال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك، و هكذا الكلام فى العقود المنشأة للمقاصد الأُخر كالبيع و الإجارة و نحوهما.

فخصوصيّة اللفظ من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العنوانات الدائرة فى لسان الشارع، أو ما يرادفها «٣» لغةً أو عرفاً؛ لأنّها بهذه العنوانات موارد للأحكام «۴» الشرعية التى لا تحصى.

و على هذا، فالضابط: وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة فى لسان الشارع؛ إذ لو وقع بإنشاء غيرها، فإن كان «۵» لا مع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلّا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدّة للاستمتاع «۶» لم يترتّب عليه الآثار المحمولة فى الشريعة على الزوجيّة

(١) فى «ص» و مصحّحة «خ»: الآتى.

(٢) فى غير «ش»: كان.

(٣) فى «ف»: أو بما يرادفها.

(۴) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: الأحكام.

(۵) كذا فى «ن»، و فى غيرها كانت.

(۶) كذا فى «ف»، و فى غيرها: مدّة الاستمتاع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٢٩

الدائمة أو المنقطعة، و إن كان «١» بقصد هذه العناوين دخلت فى الكناية التى عرفت أنّ تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال.

فما ذكره الفخر قدّس سرّه «٢» مؤيّد لِما ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدّس سرّه «٣».

و إليه يشير أيضاً ما عن جامع المقاصد: من أنّ العقود متلقّاة من الشارع، فلا ينعقد عقدٌ بلفظٍ آخر ليس من جنسه «۴».

و ما عن المسالك: من أنّه يجب الاقتصار فى العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغةً «۵»، و مراده من «المنقولة «۶» شرعاً»، هى: المأثورة فى كلام الشارع.

و عن كنز العرفان فى باب النكاح-: أنّه حكمٌ شرعيٌّ حادث فلا بدّ له من دليلٍ يدلّ على حصوله، و هو العقد اللفظيّ المتلقّى من النصّ. ثمّ ذكر لإيجاب النكاح ألفاظاً «٧» ثلاثة، و علّلها بورودها فى القرآن «٨».

(۱) كذا فى مصحّحة «ن»، و فى النسخ: كانت.

(۲) و هو قوله: «كلّ عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة» المتقدّم فى الصفحة ۱۲۷.

(۳) يعنى كلامه فى التذكرة: «لأنّ المخاطب لا يدرى بِمَ خوطب» المتقدّم فى الصفحة ۱۲۷.

(۴) جامع المقاصد ۷: ۸۳.

(۵) المسالك ۵: ۱۷۲.

(۶) فى غير «ف»: بالمنقولة.

(۷) كذا فى «ش»، و فى «ص»: «ثلاثة ألفاظ»، و فى سائر النسخ: ألفاظ ثلاثة.

(۸) كنز العرفان ۲: ۱۴۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۳۰

و لا يخفى أنّ تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه «۱»: من تفسير «۲» توقيفيّة العقود، و أنّها متلقّاة من الشارع، و وجوب الاقتصار على المتيقّن.

و من هذا الضابط تقدر على تمييز «۳» الصريح المنقول شرعاً المعهود لغةً من الألفاظ المتقدّمة فى أبواب العقود المذكورة من غيره. و أنّ الإجارة بلفظ العارية غير جائزة، و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلًا لا يبعد جوازه، و هكذا.

إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول:

[أما الإيجاب]

منها: لفظ «بعت» فى الإيجاب،

و لا خلاف فيه فتوًى و نصّاً، و هو و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء، لكن كثرة استعماله فى وقوع البيع تعيّنه «۴».

و منها «۵»: لفظ «شريت» «۶»

لوضعه له، كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغة «۷»، بل قيل: لم يستعمل فى القرآن الكريم إلّا فى البيع «۸».

(۱) انظر الصفحة ۱۲۷ ۱۲۹.

(۲) لم ترد «تفسير» فى «خ»، «م»، «ع» و «ص».

(۳) فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: تميّز.

(۴) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن»، و كذا فى «ش» مع زيادة «به» بعد «البيع»؛ و فى سائر النسخ: لكن كثرة استعماله فى البيع وصلت إلى حدّ تغنيها عن القرينة.

(۵) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: و أمّا.

(۶) فى غير «ف» و «ش» زيادة: فلا إشكال فى وقوع البيع به.

(٧) انظر الصحاح ۶: ٢٣٩١، و لسان العرب ٧: ١٠٣، و القاموس المحيط ۴: ٣۴٧.

(٨) قاله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ١۵٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٣١

و عن القاموس: شراه يشريه: ملكه «١» بالبيع و باعه، كاشترى «٢» فيهما «٣» ضدّ. و عنه أيضاً: كلّ من ترك شيئاً و تمسّك بغيره فقد اشتراه «۴».

و ربما يستشكل فيه: بقلّة استعماله عرفاً فى البيع، و كونه محتاجاً إلى القرينة المعيِّنة، و عدم نقل الإيجاب به فى الأخبار و كلام القدماء.

و لا يخلو عن وجه.

و منها: لفظ «ملّكت» بالتشديد

و الأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتّفاق؛ حيث قال: إنّه لا يقع البيع بغير اللفظ المتّفق عليه ك «بعت» و «ملّكت» «۵».

و يدلّ عليه «۶»: ما سبق فى تعريف البيع، من أنّ التمليك بالعوض المنحلّ إلى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً و لغةً، كما صرّح به فخر الدين، حيث قال: إنّ معنى «بعت» فى لغة العرب: ملّكت غيرى «٧».

و ما قيل «٨»: من أنّ التمليك يستعمل فى الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أنّ الهبة إنّما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض،

---

(١) فى «ف»: إذا ملكه.

(٢) كذا فى «ن» و المصدر، و فى «ش»: «كاشتراه»، و فى سائر النسخ: و اشتراه.

(٣) كذا فى «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: فهما.

(۴) القاموس المحيط ۴: ٣۴٧ ٣۴٨، مادّة: «شرى».

(۵) غاية المراد: ٨٠.

(۶) فى «ف»: عليها.

(٧) قاله فى شرح الإرشاد، على ما حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ١۵٢.

(٨) قاله الشهيد الثانى فى الروضة البهية ٣: ۴١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٣٢

لا من مادّة التمليك، فهى مشتركة معنىً بين ما يتضمّن المقابلة و بين المجرّد عنها، فإن اتّصل بالكلام ذِكر العوض أفاد المجموع المركّب بمقتضى الوضع التركيبى البيع، و إن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيّة المجانيّة.

و قد عرفت سابقاً: أنّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقى، فلو أراد منه الهبة المعوّضة أو قصد المصالحة، بنى صحّة العقد به على صحّة عقد بلفظ غيره مع النيّة.

و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين فى شرح الإرشاد: إنّ معنى «بعت» فى لغة العرب ملّكت غيرى «١».

و أمّا الإيجاب ب «اشتريت»،

ففى مفتاح الكرامة: أنّه قد يقال بصحّته، كما هو الموجود فى بعض نسخ التذكرة، و المنقول عنها فى نسختين من تعليق الإرشاد «۲».
أقول: و قد يستظهر ذلک «۳» من عبارة کلٍّ من عطف على «بعت» و «ملّكت»، شبههما أو ما يقوم مقامهما «۴»؛ إذ إرادة خصوص لفظ «شريت» من هذا بعيد جدّاً، و حمله على إرادة ما يقوم مقامهما فى اللّغات الأُخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعيّن «۵» إرادة ما يرادفهما لغةً

---

(۱) تقدّم آنفاً.

(۲) مفتاح الكرامة ۴: ۱۵۰.

(۳) لم ترد «ذلک» فى «ف».

(۴) مثل العلّامة فى التحرير ۱: ۱۶۴، و الشهيد فى غاية المراد: ۸۰.

(۵) فى «ف»: فتعيّن.

أو عرفاً، فيشمل «شريت» و «اشتريت»، لكنّ الإشكال المتقدّم «۱» فى «شريت» أولى بالجريان هنا؛ لأنّ «شريت» استعمل فى القرآن الكريم فى البيع، بل لم يستعمل فيه إلّا فيه، بخلاف «اشتريت».
و دفع «۲» الإشكال فى تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدالّ على كونه إيجاباً إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، و إمّا لغلبة ذلک غير صحيح؛ لأنّ الاعتماد على القرينة الغير اللفظية فى تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه «۳»، إلّا أن يدّعى أنّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحة مختصّ بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد، و تميّزه عمّا عداه من العقود.
و أمّا تميّز إيجاب عقد معيّن عن قبوله الراجع إلى تميّز البائع عن المشترى فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفى استفادة المراد، و لو بقرينة المقام أو غلبته «۴» أو نحوهما «۵»، و فيه إشكال.

و أمّا القبول،

اشارة

فلا ينبغى الإشكال فى وقوعه بلفظ «قبلت» و «رضيت» و «اشتريت» و «شريت» و «ابتعت» و «تملّكت» و «ملكت» مخفّفاً.

---

(۱) تقدّم فى الصفحة المتقدّمة بقوله: و ربما يستشكل فيه بقلّة استعماله عرفاً فى البيع.

(۲) كلمة «دفع» من «ش» و مصحّحة «ن».

(۳) أشار بذلک إلى ما ذكره فى الصفحة ۱۲۶ من قوله: فإنّ الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين رجوع عمّا بنى عليه ..

(۴) فى «ف»: بغلبته.

(۵) فى «ف»، «ن» و «ش»: و نحوها.

و أمّا «بعت»، فلم ینقل إلّا من الجامع «۱»، مع أنّ المحکیّ عن جماعة من أهل اللغة: اشتراکه بین البیع و الشراء «۲»، و لعلّ الإشکال فیه کإشکال «اشتریت» فی الإیجاب.

و اعلم أنّ المحکیّ عن نهایة الإحکام و المسالک: أنّ الأصل فی القبول «قبلت»، و غیره بدل؛ لأنّ القبول علی الحقیقة ممّا لا یمکن به الابتداء «۳»، و الابتداء بنحو «اشتریت» و «ابتعت» ممکن، و سیأتی توضیح ذلک فی اشتراط تقدیم الإیجاب «۴».

ثمّ إنّ فی انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ و شبهها، وجهین.

«فرع»

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشترکة بین الإیجاب و القبول، ثمّ اختلفا فی تعیین الموجب و القابل إمّا بناءً علی جواز تقدیم القبول، و إمّا من جهة اختلافهما فی المتقدّم فلا یبعد الحکم بالتحالف، ثمّ عدم ترتّب الآثار المختصّة بکلٍّ من البیع و الاشتراء علی واحدٍ منهما.

---

(۱) نقله عنه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۵۲، لکنّ الموجود فی الجامع: «ابتعت»، انظر الجامع للشرائع: ۲۴۶.

(۲) انظر الصحاح ۳: ۱۱۸۹، و المصباح المنیر: ۶۹، و القاموس ۳: ۸ مادّة: «بیع».

(۳) حکاه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۵۳، و انظر نهایة الإحکام ۲: ۴۴۸، و المسالک ۳: ۱۵۴.

(۴) یأتی فی الصفحة ۱۴۳ و ۱۴۸.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۳۵

مسألة [فی اشتراط العربیة]

المحکیّ عن جماعة، منهم: السیّد عمید الدین «۱» و الفاضل المقداد «۲» و المحقّق «۳» و الشهید «۴» الثانیان: اعتبار العربیّة فی العقد؛ للتأسّی کما فی جامع المقاصد و لأنّ عدم صحّته بالعربی الغیر الماضی یستلزم عدم صحّته بغیر العربی بطریقٍ أولی.

و فی الوجهین ما لا یخفی.

و أضعف منهما: منع صدق العقد علی غیر العربی «۵».

فالأقوی صحّته بغیر العربی.

و هل یعتبر عدم اللحن من حیث المادّة و الهیئة، بناءً علی اشتراط العربی؟ الأقوی ذلک؛ بناءً علی أنّ دلیل اعتبار العربیة هو لزوم الاقتصار علی المتیقّن من أسباب النقل، و کذا اللحن فی الإعراب.

---

(۱) حکاه عنه الشهید فی حواشیه، علی ما فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۶۲.

(۲) التنقیح الرائع ۲: ۱۸۴، و کنز العرفان ۲: ۷۲.

(۳) جامع المقاصد ۴: ۵۹.

(۴) الروضة البهیة ۳: ۲۲۵.

(۵) فی غیر «ف» زیادة: مع التمکّن من العربی.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۳۶

و حکی عن فخر الدین: الفرق بین ما لو قال: «بَعتک» بفتح الباء و بین ما لو قال: «جوّزتک» بدل «زوّجتک»، فصحّح الأوّل دون الثانی

إلّا مع العجز عن التعلّم «۱» و التوكيل «۲».

و لعلّه لعدم معنى صحيح فى الأوّل إلّا البيع، بخلاف التجويز «۳»؛ فإنّ له معنىً آخر، فاستعماله فى التزويج غير جائز.

و منه يظهر أنّ اللغات المحرّفة لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى.

ثمّ هل المعتبر «۴» عربية جميع أجزاء الإيجاب و القبول، كالثمن و المثمن، أم يكفى عربية الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب و القبول، حتى لو «۵» قال: «بعتك اين كتاب را به ده درهم» كفى؟ الأقوى «۶» هو الأوّل؛ لأنّ غير العربى كالمعدوم، فكأنه لم يذكر فى الكلام. نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلّقات الإيجاب كما لا يجب فى القبول و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثانى «۷»، لكنّ

---

(۱) فى «ف»: العلم.

(۲) حكاه الشهيد عن فخر الدين على ما فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۶۳.

(۳) فى «ف»: بخلاف الثانى.

(۴) فى «ف»: هل يعتبر.

(۵) لم ترد «لو» فى النسخ، إلّا أنّها زيدت فى «ش» و «ص» تصحيحاً.

(۶) فى غير «ف»: و الأقوى.

(۷) فى غير «ش»: «الأوّل»، إلّا أنّه صُحّح فى بعضها بما فى المتن، و الظاهر أنّ الكلمة وردت فى النسخة الأصلية هكذا: «الأوّل»، فإنّ الفاضل المامقانى قال بعد أن أثبتها-: الظاهر هو «الثانى» بدل «الأوّل»، و كأنّه سهو من قلم الناسخ. و قال الشهيدى: أقول: الصواب «الثانى» بدل «الأوّل» كما لا يخفى، انظر غاية الآمال: ۲۳۹، و شرح الشهيدى (هداية الطالب): ۱۹۱.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۳۷

الشهيد رحمه اللّه فى غاية المراد فى مسألة تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر العوضين فى الإيجاب «۱».

ثمّ إنّه هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلًا بمعنى اللفظ، بأن يكون فارقاً بين معنى «بعت» و «أبيع» و «أنا بائع»، أو يكفى مجرّد علمه بأنّ هذا اللفظ يستعمل فى لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأوّل؛ لأنّ عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد «۲» المتكلّم منه المعنى الذى وضع له عند العرب، فلا يقال: إنّه تكلّم و ادّى المطلب على طبق لسان العرب، إلّا إذا ميّز بين معنى «بعت» و «أبيع» و «أوجدت البيع» و غيرها.

بل على هذا لا يكفى «۳» معرفة أنّ «بعت» مرادف لقوله: «فروختم»، حتى يعرف أنّ الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلّم، فيميّز بين «بعتك» و «بعتُ» بالضمّ و «بعتَ» بفتح التاء فلا ينبغى ترك الاحتياط و إن كان فى تعيّنه نظر «۴»؛ و لذا نصّ بعضٌ «۵» على عدمه.

---

(۱) انظر غاية المراد: ۸۰.

(۲) كذا فى «ن»، «خ» و «م»، و فى سائر النسخ: يقصد.

(۳) فى غير «ش» و مصحّحة «ص»: يكتفى.

(۴) فى «ف»: فى تعيينه نظراً.

(۵) لم نعثر عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۳۸

مسألة [اشتراط الماضوية]

المشهور کما عن غیر واحد «۱»-: اشتراط الماضویّة، بل فی التذکرة: الإجماع علی عدم وقوعه بلفظ «أبیعک» أو «اشترِ منّی» «۲» و لعلّه لصراحته فی الإنشاء؛ إذ المستقبل أشبه بالوعد، و الأمر استدعاء لا إیجاب، مع أنّ قصد الإنشاء فی المستقبل خلاف المتعارف.

و عن القاضی فی الکامل و المهذّب «۳»: عدم اعتبارها؛ و لعلّه لإطلاق البیع و التجارة و عموم العقود، و ما دلّ فی بیع الآبق «۴» و اللّبن فی الضرع «۵»: من الإیجاب بلفظ المضارع، و فحوی ما دلّ علیه

---

(۱) منهم المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة ۸: ۱۴۵، و المحدّث الکاشانی فی مفاتیح الشرائع ۳: ۴۹، و السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۶۲.

(۲) فی التذکرة: «أشتری» بدل «اشتر منّی»، انظر التذکرة ۱: ۴۶۲.

(۳) حکاه عنهما العلّامة فی المختلف ۵: ۵۳. أمّا الکامل فلا یوجد لدینا. و أمّا المهذّب فلم نقف فیه علی ما یدلّ علی المطلب.

(۴) انظر الوسائل ۱۲: ۲۶۲، الباب ۱۱ من أبواب أحکام العقد.

(۵) الوسائل ۱۲: ۲۵۹، الباب ۸ من أبواب أحکام العقد.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۳۹

فی النکاح «۱».

و لا یخلو هذا من قوّة لو فرض صراحة المضارع فی الإنشاء علی وجهٍ لا یحتاج إلی قرینة المقام، فتأمّل.

---

(۱) انظر الوسائل ۱۴: ۱۹۷، الباب الأوّل من أبواب عقد النکاح، الحدیث ۱۰. و ۴۶۶، الباب ۱۸ من أبواب المتعة، و غیرهما من الأبواب.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۴۰

مسألة فی شرطیة الترتیب بین الإیجاب و القبول

الأشهر کما قیل «۱»-: لزوم تقدیم الإیجاب علی القبول، و به صرّح فی الخلاف «۲» و الوسیلة «۳» و السرائر «۴» و التذکرة «۵»، کما عن الإیضاح «۶» و جامع المقاصد «۷»؛ و لعلّه للأصل «۸» بعد حمل آیة وجوب الوفاء «۹» علی العقود المتعارفة، کإطلاق «البیع» و «التجارة» فی الکتاب و السنّة.

و زاد بعضهم: أنّ القبول فرع الإیجاب فلا یتقدّم علیه، و أنّه تابع

---

(۱) قاله العلّامة فی المختلف ۵: ۵۲.

(۲) الخلاف ۳: ۳۹، کتاب البیوع، المسألة ۵۶.

(۳) الوسیلة: ۲۳۷.

(۴) السرائر ۲: ۲۴۳.

(۵) التذکرة ۱: ۴۶۲.

(۶) إیضاح الفوائد ۱: ۴۱۳.

(۷) جامع المقاصد ۴: ۶۰.

(۸) کذا فی «ف»، و فی غیرها: الأصل.

(۹) و هی قوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، المائدة: ۱.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۴۱

له فلا یصحّ تقدّمه علیه «۱».

و حکی فی «۲» غایة المراد عن الخلاف: الإجماع علیه «۳»، و لیس فی الخلاف فی هذه المسألة إلّا أنّ البیع مع تقدیم «۴» الإیجاب متّفق علیه فیؤخذ به، فراجع «۵».

خلافاً للشیخ فی المبسوط فی باب النکاح، و إن وافق الخلاف فی البیع «۶» إلّا أنّه عدل عنه فی باب النکاح، بل ظاهر کلامه عدم الخلاف فی صحّته بین الإمامیة؛ حیث إنّه بعد ما ذکر أنّ تقدیم القبول بلفظ الأمر فی النکاح بأن یقول الرجل: «زوّجنی فلانة» جائز بلا خلاف قال: أمّا البیع، فإنّه إذا قال: «بعنیها» فقال: «بعتکها» صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفین، و قال قومٌ منهم: لا یصحّ حتی یسبق الإیجاب «۷»، انتهی.

و کیف کان، فنسبة القول الأوّل إلی المبسوط مستند إلی کلامه فی باب البیع، و أمّا فی باب النکاح فکلامه صریح فی جواز التقدیم،

---

(۱) ذکره المحقّق الثانی و قال: فإنّ القبول مبنیّ علی الإیجاب، انظر جامع المقاصد ۴: ۶۰.

(۲) کذا فی «ف» و «ش»، و فی سائر النسخ: «عن»، إلّا أنّه صحّح فی بعضها بما فی المتن.

(۳) غایة المراد: ۸۰.

(۴) فی «ف»: تقدّم.

(۵) الخلاف ۳: ۳۹، کتاب البیوع، المسألة ۵۶.

(۶) المبسوط ۲: ۸۷.

(۷) المبسوط ۴: ۱۹۴.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۴۲

کالمحقّق رحمه اللّه فی الشرائع «۱» و العلّامة فی التحریر «۲» و الشهیدین فی بعض کتبهما «۳» و جماعة ممّن تأخّر عنهما «۴»؛ للعمومات السلیمة عمّا یصلح لتخصیصها، و فحوی جوازه فی النکاح الثابت بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب الوارد فی کیفیة الصیغة المشتمل علی صحّة تقدیم القبول بقوله للمرأة: «أتزوّجکِ متعةً علی کتاب اللّه و سنّة رسول اللّه «۵» صلّی اللّه علیه و آله و سلم» إلی أن قال-: فإذا قالت: «نعم» فهی امرأتک و أنت أولی الناس بها «۶».

و روایة سهل الساعدی المشهورة فی کتب الفریقین کما قیل «۷» المشتملة علی تقدیم القبول من الزوج بلفظ «زوّجنیها» «۸».

---

(۱) الشرائع ۲: ۱۳.

(۲) التحریر ۱: ۱۶۴.

(۳) الشهید الأوّل فی الدروس ۳: ۱۹۱، و اللمعة: ۱۰۹، و الشهید الثانی فی المسالک ۳: ۱۵۴، و حاشیة الشرائع (مخطوط): ۲۷۱.

(۴) منهم المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة ۸: ۱۴۵، و المحقّق السبزواری فی الکفایة: ۸۹، و المحدّث البحرانی فی الحدائق ۱۸: ۳۴۹، و صاحب الجواهر فی الجواهر ۲۲: ۲۵۴، و غیرهم.

(۵) فی «ف»: رسوله، و فی المصدر: نبیّه.

(۶) الوسائل ۱۴: ۴۶۶، الباب ۱۸ من أبواب المتعة، الحدیث الأوّل.

(۷) قاله الشهید الثانی فی المسالک ۷: ۸۹، و السیّد الطباطبائی فی الریاض ۲: ۶۹.

(۸) عوالى اللآلى ۲: ۲۶۳، الحديث ۸، و سنن البيهقى ۷: ۲۴۲، بـاب النكاح على تعليم القرآن، و انظر الكافى ۵: ۳۸۰، الحديث ۵، و التهذيب ۷: ۳۵۴، الحديث ۱۴۴۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۴۳

و التحقيق: أنّ القبول إمّـا أن يكون بلفـظ «قبلت» و «رضيـت»، و إمّا أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب، نحو «بعنى» فيقول المخاطب: «بعتك»، و إمّا أن يكون بلفظ «اشتريت» و «ملكت» مخفّفاً و «ابتعت».

فإن كان بلفظ «قبلت» فالظاهر عـدم جواز تقديمه، وفاقاً لمن عرفته «۱» فى صدر المسألة «۲»، بل المحكىّ عن الميسيّة «۳» و المسالك «۴» و مجمع الفائدة «۵»: أنّه لا ـ خلاـف فى عـدم جواز تقـديم لفظ «قبلت»، و هو المحكى عن نهايـة الإحكام و كشف اللثام فى باب النكاح «۶»، و قد اعترف به غير واحدٍ من متأخّرى المتأخّرين «۷» أيضاً، بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه «۸».

و يدلّ عليه مضافاً إلى ما ذكر، و إلى كونه خلاف المتعارف من

---

(۱) كذا فى «ف»، و فى «ش»: «لما عرفت»، و فى سائر النسخ: لمن عرفت.

(۲) راجع الصفحة ۱۴۰ ۱۴۱.

(۳) لا يوجد لدينا، و حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۶۵.

(۴) المسالك ۳: ۱۵۴.

(۵) مجمع الفائدة ۸: ۱۴۶.

(۶) حكى ذلك عنهما السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۶۵، و أُنظر نهاية الإحكام ۲: ۴۴۸، و كشف اللثام ۲: ۱۲.

(۷) منهم السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۶۵، و السيّد المجاهد فى المناهل: ۲۷۲.

(۸) المشـار إليه بقوله: «هنـاك» هو بـاب النكـاح، لكن لم نقف فى مسألـة تقـديم الإيجـاب على القبول على مـا يظهر منه الإجماع، و الموجود فيه أنّه نقل المنع عن أحمد و نفى عنه البأس، انظر التذكرة ۲: ۵۸۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۴۴

العقـد-: أنّ القبول الـذى هو أحـد ركنى عقـد المعاوضـة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقـدّمه عليه، و ليس المراد من هـذا القبول الذى هو ركن للعقد «۱» مجرّد الرضا بالإيجاب حتى يقال: إنّ الرضا بشـىءٍ لا يسـتلزم تحقّقه قبله «۲»، فقد يرضـى الإنسان بالأمر المستقبل، بل المراد منه الرضـا بالإيجاب على وجهٍ يتضـمّن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضـيّة؛ لأنّ المشترى ناقل كالبائع، و هـذا لا ـ يتحقّق إلّـا مع تأخّر الرضا عن الإيجاب؛ إذ مع تقـدّمه لا يتحقّق النقل فى الحال، فإنّ مَن رضـى بمعاوضـة ينشـئها الموجب فى المسـتقبل لم ينقل فى الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضى بالمعاوضة التى أنشأها الموجب سابقاً؛ فإنّه يرفع بهذا الرضا يده من ماله، و ينقله إلى غيره على وجه العوضية.

و من هنـا يتّضـح فساد ما حكى عن بعض المحقّقين فى ردّ الـدليل المـذكور و هو كون القبول فرعاً للإيجاب «۳» و تابعاً له و هو: أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعيّة اللفظ للّفظ، و لا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه، و إنّما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولًا لما يُلقى إليه من الموجب، و الموجب مناولًا، كما يقول السائل فى

---

(۱) لم ترد عبارة «الذى هو ركنٌ للعقد» فى «ف».

(۲) كذا فى «ف» و «ش»، و العبارة فى سائر النسخ هكذا: «مجرّد الرضا بالإيجاب سواء تحقّق قبل ذلك أم لا، حيث إنّ الرضا بشىءٍ لا يستلزم تحقّقه فى الماضـى، فقد يرضى الإنسان .. إلخ» إلّا أنّه شطب فى «ن» على بعض الكلمات و صُحّحت العبارة بنحو ما أثبتناه فى

المتن.

(۳) کذا فی «ف»، و فی غیرها: فرع الإیجاب.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۴۵

مقام الإنشاء: «أنا راضٍ بما تعطینی و قابلٌ لما تمنحنی» فهو متناول، قدّم إنشاءه أو أخّر «۱»، فعلی هذا یصحّ تقدیم القبول و لو بلفظ «قبلت» و «رضیت» إن لم یقم إجماع علی خلافه «۲»، انتهی.

و وجه الفساد: ما عرفت سابقاً «۳» من أنّ الرضا بما یصدر من الموجب فی المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، لیس فیه إنشاء نقل من القابل فی الحال، بل هو رضا منه بالانتقال فی الاستقبال، و لیس المراد أنّ أصل الرضا بشیءٍ تابعٌ لتحقّقه فی الخارج أو لأصل الرضا به «۴» حتی یحتاج إلی توضیحه بما ذکره من المثال، بل المراد الرضا الذی یعدّ قبولًا و «۵» رکناً فی العقد.

و ممّا ذکرنا یظهر الوجه فی المنع عن تقدیم «۶» القبول بلفظ الأمر، کما لو قال: «بعنی هذا بدرهم» فقال: «بعتک»؛ لأنّ غایة الأمر دلالة طلب المعاوضة علی الرضا بها، لکن لم یتحقّق بمجرّد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل فی الحال للدرهم إلی البائع، کما لا یخفی.

---

(۱) فی «ف» زیادة: قال.

(۲) حکاه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۶۵، لکن إلی کلمة «أو أخّر»، ثمّ قال: و هذا قد ذکره الأُستاذ دام ظلّه.

(۳) فی الصفحة السابقة.

(۴) فی «ش»: «أوّلًا قبل الرضا به»، و یظهر من شرحی المامقانی و الشهیدی أنّ الموجود فی نسختیهما هو ما أثبتناه، انظر غایة الآمال: ۲۴۵، و هدایة الطالب: ۱۹۳.

(۵) لم ترد «قبولًا و» فی «ف» و «ش»، و شطب علیها فی «ن».

(۶) کذا فی «ش»، و فی غیرها: تقدم.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۴۶

و أمّا ما یظهر من المبسوط من الاتّفاق هنا علی الصحّة به «۱»، فموهون بما ستعرف من مصیر الأکثر علی خلافه.

و أمّا فحوی جوازه فی النکاح، ففیها بعد الإغماض عن حکم الأصل؛ بناءً علی منع دلالة روایة سهل «۲» علی کون لفظ الأمر هو القبول؛ لاحتمال تحقّق القبول بعد إیجاب النبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلم، و یؤیّده أنّه لولاه یلزم الفصل الطویل بین الإیجاب و القبول منع الفحوی، و قصور دلالة روایة أبان «۳»؛ من حیث اشتمالها علی کفایة قول المرأة: «نعم» فی الإیجاب.

ثمّ اعلم: أنّ فی صحّة تقدیم القبول بلفظ الأمر اختلافاً کثیراً بین کلمات الأصحاب، فقال فی المبسوط: إن قال: «بعنیها بألف» فقال: «بعتک»، صحّ، و الأقوی عندی أنّه لا یصحّ حتی یقول المشتری بعد ذلک: «اشتریت» «۴»، و اختار ذلک فی الخلاف «۵».

و صرّح به فی الغنیة، فقال: و اعتبرنا حصول الإیجاب من البائع و القبول من المشتری، حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتری، و هو أن یقول: «بعنیه بألف»، فیقول: «بعتک» فإنّه لا ینعقد حتی یقول المشتری بعد ذلک: «اشتریت» أو «قبلت» «۶»، و صرّح به

---

(۱) المبسوط ۴: ۱۹۴، و قد تقدّم فی الصفحة ۱۴۱.

(۲) تقدّمت الإشارة إلیها فی الصفحة ۱۴۲.

(۳) تقدّمت فی الصفحة ۱۴۲.

(۴) المبسوط ۲: ۸۷.

(۵) الخلاف ۳: ۳۹، کتاب البیوع، المسألة ۵۶.

(۶) الغنیة: ۲۱۴.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۴۷

أیضاً فی السرائر «۱» و الوسیلة «۲».

و عن جامع المقاصد: أنّ ظاهرهم أنّ هذا الحکم اتّفاقی «۳»، و حکی الإجماع أیضاً «۴» عن ظاهر الغنیة أو صریحها «۵».

و عن المسالک: المشهور «۶»، بل قیل: إنّ هذا الحکم ظاهر کلٍّ من اشترط الإیجاب و القبول «۷».

و مع ذلک کلّه، فقد صرّح الشیخ فی المبسوط فی باب النکاح-: بجواز التقدیم بلفظ الأمر بالبیع، و نسبته إلینا مشعر «۸» بقرینة السیاق إلی عدم الخلاف فیه بیننا، فقال:

إذا تعاقدا، فإن تقدّم الإیجاب علی القبول فقال: «زوّجتک»

---

(۱) السرائر ۲: ۲۴۹، ۲۵۰.

(۲) لم نقف فی الوسیلة علی هذا التفصیل، و لکن عدّ فیها من شرائط الصحّة: تقدیم الإیجاب علی القبول، انظر الوسیلة: ۲۳۷، نعم صرّح بذلک العلّامة فی نهایة الإحکام ۲: ۴۴۹، و لعلّ التشابه بین رمز الوسیلة «له» و رمز النهایة «یه» صار منشأً لاشتباه النسّاخ، و یؤیّد هذا الاحتمال تأخیر ذکرها عن السرائر.

(۳) جامع المقاصد ۴: ۵۹.

(۴) وردت «أیضاً» فی «ع»، «ص» و «ش» بعد عبارة «ظاهر الغنیة».

(۵) الغنیة: ۲۱۴، و التردید من السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۶۱.

(۶) المسالک ۳: ۱۵۳.

(۷) قاله السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۶۱، و فیه: .. الإیجاب و القبول و الماضویة فیهما.

(۸) کذا فی «ش»، و فی غیرها: «مشعراً»، و فی مصحّحة «ص»: و نسبه إلینا مشعراً.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۴۸

فقال: «قبلت التزویج» صحّ، و کذا إذا تقدّم الإیجاب علی القبول فی البیع صحّ بلا خلاف، و أمّا إن تأخّر الإیجاب و سَبَق القبول، فإن کان فی النکاح فقال الزوج: «زوّجنیها» فقال: «زوّجتکها» صحّ و إن لم یُعِد الزوج القبول، بلا خلاف؛ لخبر الساعدی: «قال «۱»: زوّجنیها یا رسول اللّه، فقال: زوّجتکها بما معک من القرآن» «۲»، فتقدّم «۳» القبول و تأخّر الإیجاب، و إن کان هذا فی البیع فقال: «بعنیها» فقال: «بعتکها» صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفین؛ و قال قومٌ منهم «۴»: لا یصحّ حتی یسبق الإیجاب «۵»، انتهی.

و حکی جواز التقدیم بهذا اللفظ عن القاضی فی الکامل «۶»، بل یمکن نسبة هذا الحکم إلی کلّ من جوّز تقدیم القبول علی الإیجاب بقولٍ مطلق، و تمسّک له فی النکاح بروایة سهل الساعدی المعبَّر فیها عن القبول بطلب التزویج، إلّا أنّ المحقّق رحمه اللّه مع تصریحه فی البیع بعدم کفایة الاستیجاب و الإیجاب صرّح بجواز تقدیم القبول علی الإیجاب «۷».

---

(۱) فی «ش»: قال الرجل.

(۲) انظر عوالی اللآلی ۲: ۲۶۳، الحدیث ۸، و سنن البیهقی ۷: ۲۴۲، باب النکاح علی تعلیم القرآن.

(۳) کذا فی «ش» و المصدر، و فی سائر النسخ: فقدّم.

(۴) انظر المغنی؛ لابن قدامة ۳: ۵۶۱، و المجموع ۹: ۱۹۸.

(۵) المبسوط ۴: ۱۹۴.

(۶) حكاه عنه العلّامة فى المختلف ۵: ۵۳.

(۷) الشرائع ۲: ۱۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۴۹

و ذكر العلّامة قدّس سرّه الاستيجاب و الإيجاب، و جعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاة و جزم بعدم كفايته، مع أنّه تردّد فى اعتبار تقديم القبول «۱».

و كيف كان، فقد عرفت «۲» أنّ الأقوى المنع فى البيع؛ لما عرفت، بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا؛ بناءً على اعتبار الماضوية فيما دلّ على القبول.

ثمّ إنّ هذا كلّه بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفاية مطلق اللفظ فى اللزوم و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة فى الملك.

و أمّا على ما قوّيناه «۳» سابقاً فى مسألة المعاطاة: من أنّ البيع العرفى موجب للملك و أنّ الأصل فى الملك اللزوم «۴»، فاللازم الحكم باللزوم فى كلّ مورد لم يقم إجماع على عدم اللزوم، و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأساً، أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم «۵»، و أمّا فى غير ذلك فالأصل اللزوم.

---

(۱) القواعد ۱: ۱۲۳.

(۲) فى الصفحة ۱۴۵.

(۳) فى نسخة بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: اخترناه.

(۴) راجع الصفحة ۴۰ و ۹۶.

(۵) فى غير «ف» و «ش» زيادة: و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء، و فى «ن»، «خ»، «م» و «ع» كتب عليها: «نسخة».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۵۰

و قد عرفت أنّ القبول على وجه طلب البيع قد صرّح فى «۱» المبسوط بصحّته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا، و حكى عن الكامل أيضاً «۲»، فتأمّل.

و إن كان التقديم بلفظ «اشتريت» أو «۳» «ابتعت» أو «تملّكت» أو «ملّكت هذا بكذا» فالأقوى جوازه؛ لأنّه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففى الحقيقة أنشأ المعاوضة كالبائع «۴» إلّا أنّ البائع ينشئ ملكيّة ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشترى ينشئ ملكيّة مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففى الحقيقة كلٌّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه فى ملكه، إلّا أنّ الإدخال فى الإيجاب مفهوم من ذكر العوض و فى القبول مفهوم من نفس الفعل، و الإخراج بالعكس.

و حينئذٍ فليس فى حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول، لكنّه لمّا كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، و إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله «۵» إليه يوجب تحقّق المطاوعة و مفهوم القبول، أُطلق عليه القبول، و هذا المعنى مفقود فى الإيجاب المتأخّر؛ لأنّ المشترى إنّما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، و البائع إنّما ينشئ انتقال المثمن «۶» إليه كذلك، لا بمدلول الصيغة.

---

(۱) لم ترد «فى» فى غير «ش».

(۲) كما تقدّم فى الصفحة ۱۴۸.

(٣) فى «ش» بدل «أو»: و.

(۴) فى «ف»: كالتبايع.

(۵) فى «ف»، «ن» و «خ» زيادة: له.

(۶) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: الثمن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۵۱

و قد صرّح فى النهاية و المسالك على ما حكى «۱»-: بأنّ «اشتريت» ليس قبولًا حقيقةً، و إنّما هو بدل، و أنّ الأصل فى القبول «قبلت»؛ لأنّ القبول فى الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به، و لفظ «اشتريت» يجوز الابتداء به.

و مرادهما «۲»: أنّه بنفسه لا يكون قبولًا، فلا ينافى ما ذكرنا من تحقّق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تمليك البائع، كما أنّ «رضيت بالبيع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلّا إذا وقع متأخّراً؛ و لذا منعنا عن تقديمه.

فكلٌّ من «رضيت» و «اشتريت» بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدّم و التأخّر متعاكسان.

فإن قلت: إنّ الإجماع على اعتبار القبول فى العقد يوجب تأخير قوله «۳»: «اشتريت» حتى يقع قبولًا؛ لأنّ إنشاء مالكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقّق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر، فيكون «اشتريت» متأخّراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدّم؛ فإنّ مجرّد إنشاء المالكيّة لمالٍ لا يوجب تحقّق مفهوم القبول، كما لو نوى تملّك «۴» المباحات أو اللقطة، فإنّه لا قبول فيه رأساً.

---

(۱) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۵۳، و انظر نهاية الإحكام ۲: ۴۴۸، و المسالك ۳: ۱۵۴.

(۲) فى «ف»: مرادهم.

(۳) فى «ف»: «قول»، و فى «خ»: قبوله.

(۴) فى «ف»: ملك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۵۲

قلت: المسلّم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشترى بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، و أمّا وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطاوعة و قبول الأثر، فلا.

فقد «۱» تبيّن من جميع ذلك: أنّ إنشاء القبول لا بدّ أن يكون جامعاً لتضمّن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البائع تقدّم أو تأخّر و لا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحصّل ممّا ذكرناه: صحّة تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريت» وفاقاً لمن عرفت «۲»، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ فى الخلاف؛ حيث إنّه لم يتعرّض إلّا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب «۳»، و قد عرفت «۴» عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل «اشتريت»، و كذا السيّد فى الغنية، حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول، و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الإيجاب «۵»، و كذا ظاهر إطلاق الحلبى فى الكافى، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد «۶».

---

(۱) فى «ف»: و قد.

(۲) فى الصفحة السابقة.

(۳) الخلاف ۳: ۳۹، كتاب البيوع، المسألة ۵۶.

(۴) انظر الصفحة ۱۴۸ ۱۴۹.

(۵) الغنية: ۲۱۴.

(۶) انظر الكافی فی الفقه: ۳۵۲ (فصل فی عقد البيع).

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۵۳

و الحاصل: أنّ المصرح بذلك فی ما وجدت من القدماء الحلیّ «۱» و ابن حمزة «۲»، فمن التعجّب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف «۳» علی «۴» تقديم الإيجاب، مع أنّه لم يزد علی الاستدلال لعدم «۵» كفاية الاستيجاب و الإيجاب «۶» بأنّ ما عداه مجمعٌ علی صحّته، و ليس علی صحّته دليل «۷». و لَعَمری أنّ مثل هذا ممّا يوهن الاعتماد علی الإجماع المنقول، و قد نبّهنا علی أمثال ذلك فی مواردها.

نعم، يشكل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب، و لا فرق بين المتعارف هنا و بينه فی المسألة الآتية، و هو الوصل بين الإيجاب و القبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثمّ إنّ ما ذكرنا جارٍ فی كلّ قبولٍ يؤدّی بإنشاءٍ مستقلٍّ كالإجارة التی يؤدّی قبولها بلفظ «تملّكت منك منفعة كذا» أو «ملكت»، و النكاح

---

(۱) السرائر ۲: ۲۴۳، هكذا وردت الكلمة فی «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: «الحلبی» بدل «الحلیّ»، و هو سهوٌ أو تصحيف، فإنّه قد تقدّم آنفاً: أنّ الحلبی أطلق، و لم يذكر تقديم الإيجاب.

(۲) الوسيلة: ۲۳۷.

(۳) حكاه عنه الشهيد الأوّل فی غاية المراد: ۸۰، كما تقدّم فی صدر المسألة، و الشهيد الثانی فی المسالك ۳: ۱۵۳.

(۴) فی «ص» زيادة: لزوم.

(۵) كذا فی «ش»، و فی سائر النسخ: بعدم.

(۶) كذا فی النسخ، و الظاهر سقوط كلمة: إلّا.

(۷) انظر الخلاف ۳: ۴۰، كتاب البيوع، ذيل المسألة ۵۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۵۴

الذی يؤدّی قبوله «۱» بلفظ «أنكحت» «۲» و «تزوّجت».

و أمّا ما لا إنشاء فی قبوله إلّا «قبلت» أو ما يتضمّنه ك «ارتهنت» فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه؛ إذ لا التزام فی قبوله بشیء «۳» كما كان فی قبول البيع التزام «۴» بنقل ماله إلی البائع، بل لا ينشئ به معنی غير الرضا بفعل الموجب، و قد تقدّم «۵» أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمرٍ مترقّب «۶» كما يجوز تعلّقه بأمرٍ محقّق، فيجوز أن يقول: «رضيت برهنك هذا عندی» فيقول: «رهنت».

و التحقيق: عدم الجواز؛ لأنّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقّق عنوان المرتهن، و لا يخفی أنّه لا يصدق الارتهان علی قبول الشخص إلّا بعد تحقّق الرهن؛ لأنّ الإيجاب إنشاءٌ للفعل، و القبول إنشاءٌ للانفعال «۷».

و كذا القول «۸» فی الهبة و القرض، فإنّه لا يحصل من إنشاء القبول

---

(۱) فی غير «ش»: قبولها.

(۲) كذا فی «ف»، و فی سائر النسخ: نكحت.

(۳) كذا فی «ف»، و فی سائر النسخ: لشیء.

(۴) كذا فی «ش»، و فی سائر النسخ: التزاماً.

(۵) تقدّم فی الصفحة ۱۴۴.

(۶) فی «ف»: مستقبل.

(۷) فی نسخة بدل «خ»، «م»، «ع» و «ش»: لأنّ الإیجاب إنشاء للنقل، و القبول إنشاء للانتقال.

(۸) فی «خ»، «ص» و مصحّحة «ع»: القبول.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۵۵

فیهما «۱» التزام بشیء، و إنّما یحصل به الرضا بفعل الموجب، و نحوها «۲» قبول المصالحة المتضمّنة للإسقاط أو التملیک بغیر عوض.

و أمّا المصالحة المشتملة علی المعاوضة، فلمّا کان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفین، و کان نسبتها إلیهما «۳» علی وجه سواء، و لیس الالتزام «۴» الحاصل من أحدهما أمراً مغایراً للالتزام الحاصل من الآخر، کان البادئ منهما موجباً؛ لصدق الموجب علیه لغةً و عرفاً. ثمّ لمّا انعقد الإجماع علی توقّف العقد علی القبول، لزم أن یکون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول؛ إذ لو قال أیضاً: «صالحتک» کان إیجاباً آخر، فیلزم ترکیب العقد من إیجابین.

و تحقّق من جمیع ذلک: أنّ تقدیم القبول فی الصلح أیضاً غیر جائز؛ إذ لا قبول فیه بغیر لفظ «قبلت» و «رضیت»، و قد عرفت «۵» أنّ «قبلت» و «رضیت» مع التقدیم لا یدلّ علی إنشاءٍ لنقل العوض فی الحال.

فتلخّص ممّا ذکرنا: أنّ القبول فی العقود علی أقسام «۶»:

---

(۱) کذا فی «ش» و مصحّحة «ن» و «ص»، و فی غیرها: فیها.

(۲) فی «ص»: نحوهما.

(۳) فی «ف»: إلیها.

(۴) فی «ف»: و کان الالتزام.

(۵) فی الصفحة ۱۴۳ ۱۴۴.

(۶) فی «خ»، «م»، «ع» و «ص»: «ثلاثة أقسام»، إلّا أنّ «ثلاثة» محیت فی «ن» تصحیحاً.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۵۶

لأنّه إمّا أن یکون التزاماً بشیءٍ من القابل، کنقل مالٍ عنه أو زوجیّة، و إمّا أن لا یکون فیه سوی الرضا بالإیجاب.

و الأوّل علی قسمین:

لأنّ الالتزام الحاصل من القابل، إمّا أن یکون نظیر الالتزام الحاصل من الموجب کالمصالحة، أو متغایراً کالاشتراء.

و الثانی أیضاً علی قسمین:

لأنّه إمّا أن یعتبر فیه عنوان المطاوعة کالارتهان و الاتهاب و الاقتراض «۱»، و إمّا أن لا یثبت فیه اعتبار أزید من الرضا بالإیجاب کالوکالة و العاریة و شبههما.

فتقدیم القبول علی الإیجاب لا یکون إلّا فی القسم الثانی من کلٍّ من القسمین.

ثمّ إنّ مغایرة الالتزام فی قبول البیع لالتزام إیجابه اعتبار عرفی، فکلّ من التزم بنقل مالِه علی وجه العوضیة لمالٍ آخر یسمّی مشتریاً، و کلّ من نقل مالَه علی أن یکون عوضه مالًا من آخر یسمّی بائعاً.

و بعبارةٍ اخری: کلُّ من ملّک مالَه غیرَه بعوضٍ فهو البائع، و کلّ «۲» مَن ملِک مالَ غیرِه بعوض ماله فهو المشتری، و إلّا فکلٌّ منهما فی الحقیقة یملّک مالَه غیرَه بإزاء مالِ غیرِه، و یملک مالَ غیرِه بإزاء ماله.

---

(۱) فی «ف»: الإقراض.

(۲) فی «ش»: فكلّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۵۷

و من جملة شروط العقد: الموالاة بين إيجابه و قبوله

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصارى، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ۶ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ ه‍ ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)؛ ج۳، ص: ۱۵۷

ذكره الشيخ فی المبسوط فی باب الخلع «۱»، ثمّ العلّامة «۲» و الشهيدان «۳» و المحقّق الثانی «۴»، و الشيخ المقداد «۵».

قال الشهيد فی القواعد: الموالاة معتبرة فی العقد و نحوه، و هی مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء «۶» و المستثنى منه، و قال «۷» بعض العامّة: لا يضرّ قول الزوج بعد الإيجاب: «الحمد للّه و الصلاة

---

(۱) المبسوط ۴: ۳۶۲.

(۲) القواعد ۲: ۴ و ۸۰، فی النكاح و الخلع.

(۳) أمّا الشهيد الأوّل فقد صرّح بذلك فی كتاب الوقف من الدروس ۲: ۲۶۴، و قال فی كتاب البيع منه: «و لا يقدح تخلّل آنٍ أو تنفّسٍ أو سعال»، الدروس ۳: ۱۹۱. و أمّا الشهيد الثانی فقد صرّح بذلك فی الهبة و الخلع من المسالك، انظر المسالك ۶: ۹، و ۹: ۳۸۴.

(۴) رسائل المحقّق الكركی ۱: ۲۰۱، فی الخلع، و جامع المقاصد ۴: ۵۹، فی البيع.

(۵) التنقيح الرائع ۲: ۲۴.

(۶) كذا فی «ف» و المصدر، و فی سائر النسخ: المستثنى.

(۷) فی غير «ش»: فقال.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۵۸

على رسول اللّه، قبلت نكاحها» «۱».

و منه: الفوريّة فی استتابة المرتدّ، فيعتبر فی الحال، و قيل «۲»: إلى ثلاثة أيام.

و منه: السكوت فی أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله.

و منه: السكوت الطويل فی أثناء القراءة أو قراءة غيرها «۳»، و كذا التشهّد.

و منه: تحريم المأمومين فی الجمعة قبل الركوع، فإن تعمّدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة. و اعتبر بعض العامّة تحريمهم معه قبل الفاتحة.

و منه: الموالاة فی التعريف بحيث لا ينسى «۴» أنّه تكرار، و الموالاة فی سنة التعريف، فلو رجع فی أثناء المدّة استؤنفت «۵» ليتوالى «۶»، انتهى «۷».

أقول: حاصله أنّ الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتّصالية فی العرف، فلا بدّ فی ترتّب الحكم المعلّق عليه فی الشرع من

اعتبار صورته الاتّصالية، فالعقد المركّب من الإيجاب و القبول القائم

---

(١) قاله النووى، انظر المجموع ١٧: ٣٠٧.

(٢) قاله العلّامة فى الإرشاد ٢: ١٨٩.

(٣) فى المصدر زيادة: خلالها.

(۴) فى «ف»: لا يصدق.

(۵) فى «ف»: استأنف، و فى المصدر: استؤنف.

(۶) القواعد و الفوائد ١: ٢٣۴، القاعدة ٧٣.

(٧) لم ترد «انتهى» فى «ف» و «م».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ١۵٩

بنفس المتعاقدين بمنزلة «١» كلامٍ واحدٍ مرتبط بعضه ببعض، فيقدح تخلّل الفصل المخلّ بهيئته الاتّصالية؛ و لذا لا يصدق التعاقد «٢» إذا كان الفصل مفرطاً فى الطول كسنةٍ أو أزيد، و انضباط ذلك إنّما يكون بالعرف، فهو فى كلّ أمرٍ بحسبه، فيجوز الفصل بين كلٍّ من الإيجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كلّ واحدٍ «٣» منهما، و يجوز الفصل «۴» بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف، كما فى الأذان و القراءة.

و ما ذكره حسن لو كان حكم المِلك و اللزوم فى المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسّك بآية الوفاء بالعقود «۵»، و بإطلاق كلمات الأصحاب فى اعتبار العقد فى اللزوم بل الملك، أمّا لو كان منوطاً بصدق «البيع» أو «۶» «التجارة عن تراضٍ» فلا يضرّه عدم صدق العقد.

و أمّا جعل المأخذ فى ذلك اعتبار الاتّصال بين الاستثناء و المستثنى منه، فلأنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة؛ فإنّ أكثر الكليات إنّما يلتفت إليها من التأمّل فى موردٍ خاصّ، و قد صرّح فى القواعد

---

(١) لم ترد «بمنزلة» فى «ف».

(٢) كذا فى «ف»، و فى غيرها: المعاقدة.

(٣) لم ترد «واحد» فى «ف».

(۴) لم ترد «الفصل» فى «ن»، «م» و «ش»، و وردت فى «ص» و نسخة بدل «خ» و «ع» بعد «الكلمات»، و ما أثبتناه مطابق ل «ف».

(۵) المائدة: ١.

(۶) فى «ف» بدل «أو»: «و».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ١۶٠

مكرّراً بكون الأصل فى هذه القاعدة كذا «١».

و يحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه: أنّ الاستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق؛ لخروج المستثنى منه معه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقّف عليه؛ فلذا كان طول الفصل هناك أقبح، فصار أصلًا فى اعتبار الموالاة بين أجزاء الكلام، ثمّ تُعدّى منه إلى سائر الأُمور المرتبطة بالكلام لفظاً أو معنى، أو من حيث صدق عنوانٍ خاصٍّ عليه؛ لكونه «٢» عقداً أو قراءة أو أذاناً، و نحو ذلك.

ثمّ فى تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسألة توبة المرتدّ؛ فإنّ غاية ما يمكن أن يقال فى توجيهه: إنّ المطلوب فى الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع فلا بدّ من إعادته فى أقرب الأوقات.

و أمّا مسألة الجمعة، فلأنّ هيئة الاجتماع فى جميع أحوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود مطلوبة، فيقدح الإخلال بها.

و للتأمّل فى هذه الفروع، و فى صحّة تفريعها على الأصل المذكور مجال.

---

(١) منها ما أفاده فى القاعدة المشار إليها آنفاً من قوله: «و هى مأخوذة من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء و المستثنى منه»، و منها قوله فى القاعدة ٨٠ (الصفحة ٢٤٣): «و هو مأخوذ من قاعدة المقتضى فى أُصول الفقه»، و منها قوله فى القاعدة ٨٦ (الصفحة ٢٧٠): «لعلّهما مأخوذان من قاعدة جواز النسخ قبل الفعل»، و منها قوله فى القاعدة ١٠٥ (الصفحة ٣٠٨): «واصلة الأخذ بالاحتياط غالباً».

(٢) فى «ص»: ككونه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٦١

ثمّ إنّ المعيار فى الموالاة موكول إلى العرف، كما فى الصلاة و القراءة و الأذان و نحوها.

و يظهر من رواية سهل الساعدى المتقدّمة «١» فى مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الإيجاب و القبول بكلام طويل أجنبىّ؛ بناءً على ما فهمه الجماعة من أنّ القبول فيها قول ذلك الصحابىّ: «زوّجنيها»، و الإيجاب قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم بعد فصلٍ طويل: «زوّجتكها بما معك من القرآن»؛ و لعلّ هذا موهنٌ آخر للرواية، فافهم.

---

(١) راجع الصفحة ١٤٢ و ١٤٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٦٢

و من جملة الشرائط التى ذكرها جماعة: التنجيز فى العقد

بأن لا يكون معلّقاً على شيء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة فى صورة وجود ذلك الشيء، لا فى غيرها.

و ممّن صرّح بذلك: الشيخ «١» و الحلىّ «٢» و العلّامة «٣» و جميع من تأخّر عنه، كالشهيدين «۴» و المحقّق الثانى «۵» و غيرهم «۶» قدّس اللّه تعالى أرواحهم.

و عن فخر الدين فى شرح الإرشاد فى باب الوكالة-: أنّ تعليق «٧» الوكالة على الشرط لا يصحّ عند الإماميّة، و كذا غيره من

---

(١) المبسوط ٢: ٣٩٩، و الخلاف ٣: ٣٥۴، كتاب الوكالة، المسألة ٢٣.

(٢) السرائر ٢: ٩٩.

(٣) التذكرة ٢: ١١۴ و ۴٣٣، و القواعد ١: ٢۵٢ و ٢۶۶، و ٢: ۴، و غيرها.

(۴) اللمعة الدمشقية و شرحها (الروضة البهية) ٣: ١۶٨، الدروس ٢: ٢۶٣، و المسالك ۵: ٢٣٩ و ٣۵٧.

(۵) جامع المقاصد ٨: ١٨٠، و ٩: ١۴ ١۵، و ١٢: ٧٧.

(۶) كالمحقّق الحلىّ فى الشرائع ٢: ١٩٣ و ٢١۶، و المحقّق السبزوارى فى الكفاية: ١٢٨ و ١۴٠، و المحدّث الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٩ و ٢٠٧.

(٧) كذا فى «ش» و مصحّحتى «ن» و «ص»، و فى غيرها: تعلّق.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١۶٣

العقود، لازمة كانت أو جائزة «١».

و عن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه «٢»، و ظاهر المسالك فى مسألة اشتراط التنجيز فى الوقف-: الاتّفاق عليه «٣». و الظاهر

عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد «۴»، و إن لم يتعرّض الأكثر فى هذا المقام.

و يـدلّ عليه: فحوى فتاويهم و معاقـد الإجماعات فى اشتراط التنجيز فى الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة التى يكفى فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتى أنّ العلّامـة ادّعى الإجماع على ما حكى عنه على عدم صـحّة «۵» أن يقول الموكّل: «أنت وكيلى فى يوم الجمعـة أن تبيع عبدى» «۶»، و على صحّة «۷» قوله: «أنت وكيلى، و لا تبع عبدى إلّا فى يوم

---

(۱) حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۷: ۵۲۶.

(۲) تمهيد القواعد: ۵۳۳، القاعدة ۱۹۸، و فيه: «الاتّفاق عليه»، و حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۷: ۶۳۹.

(۳) المسالك ۵: ۳۵۷.

(۴) كالعلّامة فى التحرير ۱: ۲۸۴، و المحقّق السبزوارى فى الكفاية: ۱۴۰، و المحدّث الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ۳: ۲۰۷.

(۵) كذا فى «ف»، «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: على صحّة.

(۶) كذا فى «ف»، «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: أنت وكيلى فى أن تبيع عبدى يوم الجمعة.

(۷) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: و على عدم صحّة، و شطب فى «ن» على كلمة «عدم».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۶۴

الجمعة» «۱»، مع كون المقصود واحـداً. و فرّق بينهما جماعة «۲» بعـد الاعتراف بأنّ هذا فى معنى التعليق-: بأنّ العقود لمّا كانت متلقّاةً من الشارع أُنيطت «۳» بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها.

فإذا كان الأمر كذلك عندهم فى الوكالة فكيف الحال فى البيع؟ و بالجملة، فلا شبهة فى اتّفاقهم على الحكم.

و أمّا «۴» الكلام فى وجه الاشتراط، فالـذى صـرّح به العلّامـة فى التذكرة: أنّه منافٍ للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشـرط هو الجزم ثمّ فرّع عليه عـدم جواز التعليق، قـال: الخـامس من الشـروط: الجزم، فلو علّق العقـد على شـرطٍ لم يصـحّ و إن شـرط «۵» المشيئة؛ للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدّته، و هو أحد قولى الشافعى، و أظهرهما عندهم: الصحّة؛ لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد؛ لأنّه لو لم يشأ لم يشترِ «۶»، انتهى كلامه.

---

(۱) التذكرة ۲: ۱۱۴، و العبارة منقولة بالمعنى، كما صرّح بذلك المحقّق المامقانى، انظر غاية الآمال: ۲۲۵.

(۲) منهم الشهيد الثانى فى المسالك ۵: ۲۴۰ ۲۴۱، و تبعه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۷: ۵۲۷.

(۳) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى غيرها: نيطت.

(۴) فى «ف» و «ن»: و إنّما.

(۵) فى «ش» و المصدر: و إن كان الشرط.

(۶) التذكرة ۱: ۴۶۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۶۵

و تبعه على ذلـك الشـهيد رحمه اللّه فى قواعـده، قـال: لأنّ الانتقـال بحكـم الرضـا و لا رضـا إلّا مع الجزم، و الجزم ينافى التعليق «۱»، انتهى.

و مقتضى ذلك: أنّ المعتبر هو عدم التعليق على أمرٍ مجهول الحصول، كما صرّح به المحقّق فى باب الطلاق «۲».

و ذكر المحقّق و الشـهيـدان الثانيـان فى الجـامع «۳» و المسالـك «۴» فى مسألـة «إن كـان لى فقـد بعته»: أنّ التعليق إنّمـا ينافى الإنشاء فى العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلّق عليه مجهول الحصول.

لكنّ الشهيد فى قواعده ذكر فى الكلام المتقدّم: أنّ الجزم ينافى التعليق؛ لأنّه بعرضة عدم الحصول و لو قدّر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف؛ لأنّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد. ثمّ قال: فإن قلت: فعلى هذا «۵» يبطل قوله فى صورة إنكار التوكيل «۶»: «إن كان لى فقد بعته منك بكذا» «۷». قلت: هذا تعليق على واقع، لا ـ [على «۸»] متوقّع الحصول، فهو علّة للوقوع أو

---

(۱) القواعد و الفوائد ۱: ۶۵، القاعدة ۳۵.

(۲) الشرائع ۳: ۱۹.

(۳) جامع المقاصد ۸: ۳۰۵، و اللفظ له.

(۴) المسالک ۵: ۲۷۶.

(۵) عبارة «فعلى هذا» من «ش» و المصدر.

(۶) فى «ف»: الوكيل.

(۷) عبارة «منك بكذا» من «ش» و المصدر.

(۸) من المصدر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۶۶

مصاحبٌ له، لا معلّق عليه الوقوع، و كذا «۱» لو قال فى صورة إنكار وكالة التزويج و إنكار التزويج حيث تدّعيه المرأة: «إن كانت زوجتى فهى طالق» «۲»، انتهى كلامه رحمه اللّه.

و علّل العلّامة فى القواعد صحّة «إن كان لى فقد بعته» بأنّه أمرٌ واقع يعلمان وجوده، فلا يضرّ جعله شرطاً، و كذا كلّ شرطٍ علم وجوده؛ فإنّه لا يوجب شكّاً فى البيع و لا وقوفه «۳»، انتهى.

و تفصيل الكلام: أنّ المعلّق عليه، إمّا أن يكون معلوم التحقّق، و إمّا أن يكون محتمل التحقّق.

و على الوجهين، فإمّا أن يكون تحقّقه المعلوم أو المحتمل فى الحال أو المستقبل و على التقادير، فإمّا أن يكون الشرط ممّا يكون مصحّحاً للعقد ككون الشى‌ء ممّا يصحّ تملّكه شرعاً، أو ممّا يصحّ إخراجه عن الملك، كغير أُمّ الولد، و غير الموقوف «۴» و نحوه، و كون المشترى ممّن يصحّ تملّكه شرعاً، كأن لا يكون عبداً، و ممّن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً-، و إمّا أن لا يكون كذلک.

ثمّ التعليق، إمّا مصرّح به، و إمّا لازم من الكلام، كقوله: «ملّكتک هذا بهذا يوم الجمعة»، و قوله فى القرض و الهبة: «خذ هذا

---

(۱) فى «ش» زيادة: «نقول»، و فى المصدر: و كذا القول.

(۲) القواعد و الفوائد ۱: ۶۵، القاعدة ۳۵.

(۳) القواعد ۱: ۲۶۰ ۲۶۱.

(۴) فى غير «ش» زيادة: عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۶۷

بعوضه»، أو «خذه بلا عوض يوم الجمعة»، فإنّ التمليک معلّق على تحقّق الجمعة فى الحال أو فى الاستقبال، و لهذا احتمل العلّامة فى النهاية «۱» و ولده فى الإيضاح «۲» بطلان بيع الوارث لمال مورّثه بظنّ حياته «۳»؛ معلّلًا بأنّ العقد و إن كان منجّزاً فى الصورة إلّا أنّه معلّق، و التقدير: إن مات مورّثى فقد بعتک.

فما كان منها معلوم الحصول حين العقد، فالظاهر أنّه غير قادح، وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقّق و العلّامة و الشهيدين و المحقّق

الثانى «۴» و الصيمرى «۵» و حكى أيضاً «۶» عن المبسوط «۷» و الإيضاح «۸» فى مسألة ما لو قال: «إن كان لى فقد بعته»، بل لم يوجد فى ذلك خلافٌ صريح، و لذا ادّعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً «۹».

و ما كان معلوم الحصول فى المستقبل و هو المعبّر عنه بالصفة فالظاهر أنّه داخل فى معقد اتّفاقهم على عدم الجواز و إن كان تعليلهم

---

(۱) نهاية الإحكام ۲: ۴۷۷.

(۲) إيضاح الفوائد ۱: ۴۲۰.

(۳) كذا فى «ف» و نسخة بدل «ن»، و فى سائر النسخ: موته.

(۴) تقدّم النقل عن هؤلاء الأعلام فى الصفحة ۱۶۵ ۱۶۶.

(۵) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتابه و لا على الحاكى عنه.

(۶) الحاكى هو السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۷: ۶۳۹.

(۷) المبسوط ۲: ۳۸۵.

(۸) إيضاح الفوائد ۲: ۳۶۰.

(۹) الرياض ۲: ۱۸.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۶۸

للمنع باشتراط الجزم لا- يجرى فيه كما اعترف به الشهيد فيما تقدّم عنه «۱»، و نحوه الشهيد الثانى فيما حكى عنه «۲»، بل يظهر من عبارة المبسوط فى باب الوقف كونه ممّا لا خلاف فيه بيننا، بل بين العامّة؛ فإنّه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته» لم يصحّ الوقف بلا خلاف؛ لأنّه مثل البيع و الهبة، و عندنا مثل العتق أيضاً «۳»، انتهى «۴»؛ فإنّ ذيله يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع و الهبة غير مختصّ بالإمامية، نعم مماثلته للعتق مختصّ بهم.

و ما كان منها مشكوك الحصول و ليست صحّة العقد معلّقة عليه فى الواقع كقدوم الحاجّ فهو المتيقّن من معقد اتّفاقهم.

و ما كان صحّة العقد معلّقة عليه كالأمثلة المتقدّمة فظاهر إطلاق كلامهم يشمله، إلّا أنّ الشيخ فى المبسوط حكى فى مسألة «إن كان لى فقد بعته» قولًا من بعض الناس بالصحّة، و أنّ الشرط لا يضرّه؛ مستدلا بأنّه لم يشترط إلّا ما يقتضيه إطلاق العقد؛ لأنّه إنّما يصحّ البيع لهذه الجارية من الموكّل إذا كان أذن له فى الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضرّ إظهاره و شرطه، كما لو شرط فى البيع تسليم الثمن أو تسليم المثمن أو ما أشبه ذلك «۵»، انتهى.

---

(۱) تقدّم فى الصفحة ۱۶۵.

(۲) انظر المسالك ۵: ۲۳۹.

(۳) المبسوط ۳: ۲۹۹.

(۴) لم ترد «انتهى» فى «ف».

(۵) المبسوط ۲: ۳۸۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۶۹

و هذا الكلام و إن حكاه عن بعض الناس، إلّا أنّ الظاهر ارتضاؤه له. و حاصله: أنّه كما لا يضرّ اشتراط بعض لوازم العقد المترتّبة عليه، كذلك لا- يضرّ تعليق العقد بما هو معلّق عليه فى الواقع، فتعليقه ببعض مقدّماته كالإلزام ببعض «۱» غاياته، فكما لا يضرّ الإلزام بما يقتضى العقد التزامه «۲»، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلّقاً عليه و مقيّداً به.

و هذا الوجه و إن لم ينهض لدفع محذور التعليق فى إنشاء العقد لأنّ المعلّق على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتّب الأثر الشرعى على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذى هو وظيفة المتكلّم، فالمعلّق فى كلام المتكلّم غير معلّق فى الواقع على شىء، و المعلّق على شيء ليس معلّقاً فى كلام المتكلّم على شىء، بل و لا منجّزاً، بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام إلّا أنّ ظهور ارتضاء الشيخ له كافٍ فى عدم الظنّ بتحقّق الإجماع عليه.

مع أنّ ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدلّ على أنّ محلّ الكلام فيما لم يعلم وجود المعلّق عليه و عدمه، فلا وجه لتوهّم اختصاصه بصورة العلم «٣».

و يؤيّد ذلك: أنّ الشهيد فى قواعده جعل الأصحّ صحّة تعليق البيع على ما هو شرطٌ فيه، كقول البائع: «بعتك إن قبلت» «۴». و يظهر

---

(١) فى «ف»، «ن» و «م»: كإلزام بعض.

(٢) فى «ف»: أو التزامه.

(٣) لم ترد عبارة «مع أنّ الظاهر إلى بصورة العلم» فى «ف»، و كتب عليها فى «ن»: نسخة.

(۴) القواعد و الفوائد ١: ١۵۵ ١۵۶، القاعدة ۴١.

منه ذلك أيضاً فى أواخر «١» القواعد «٢».

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ العمدة فى المسألة هو الإجماع، و ربما يتوهّم أنّ الوجه فى اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق، و بطلانه واضح؛ لأنّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصوّر فيه، إلّا أنّ الكلام ليس فيه، و إن كان الكلام فى أنّه كما يصحّ إنشاء الملكية المتحقّقة على كلّ تقدير، فهل يصحّ إنشاء الملكيّة المتحقّقة على تقديرٍ دون آخر، كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غداً»، أو «٣» «خذ المال قرضاً أو قِراضاً إذا أخذته من فلان»، و نحو ذلك؟ فلا ريب فى أنّه أمر متصوّر واقع فى العرف و الشرع كثيراً فى الأوامر و المعاملات، من العقود و الإيقاعات.

و يتلو هذا الوجه فى الضعف: ما قيل: من أنّ ظاهر ما دلّ على سببيّة العقد ترتّب مسبّبه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك «۴».

و فيه بعد الغضّ عن عدم انحصار أدلّة الصحّة و اللزوم فى مثل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۵»؛ لأنّ دليل حلّية البيع «۶» و تسلّط الناس

---

(١) فى «م» و «ش»: «آخر»، و هكذا فى «ن» إلّا أنّها صحّحت بما أثبتناه.

(٢) انظر القواعد و الفوائد ٢: ٢٣٧، القاعدة ٢٣٨، و ٢۵٨، القاعدة ٢۵١، و غيرهما.

(٣) كذا فى «ف» و «ن»، و فى غيرهما: و.

(۴) قاله صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ١٩٨، و ٢٧: ٣۵٢، و ٣٢: ٧٩.

(۵) المائدة: ١.

(۶) مثل قوله تعالى «وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ»، البقرة: ٢٧۵.

على أموالهم «١» كافٍ فى إثبات ذلك-: أنّ العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله، فليس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إلّا مفاد أَوْفُوا بِالْعَهْدِ «٢» فى أنّ العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقّب تحقّق المعلّق عليه فى تحقّق المعلّق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

و الحاصل: أنّه إن أَريد بالمسبّب هو مدلول العقد، فعدم تخلّفه عن إنشاء العقد من البديهيّات التى لا يعقل خلافها، و إن أَريد به الأثر الشرعى و هو ثبوت الملكيّة، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكيّة المنجّزة، بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلّق كان أثره الشرعى الملك الغير المعلّق، و إن كان معلّقاً فأثره الملكيّة المعلّقة، مع أنّ تخلّف الملك عن العقد كثير جدّاً.

مع أنّ ما ذكره لا يجرى فى مثل قوله: «بعتك إن شئت أو إن «۳» قبلت»، فإنّه لا يلزم هنا تخلّف أثر العقد عنه.

مع أنّ هذا لا يجرى فى الشرط المشكوك المتحقّق فى الحال، فإنّ العقد حينئذٍ يكون مراعى لا موقوفاً.

مع أنّ ما ذكره لا يجرى «۴» فى غيره من العقود التى قد يتأخّر مقتضاها عنها كما لا يخفى، و ليس الكلام فى خصوص البيع، و ليس على

(۱) مثل قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «الناس مسلّطون على أموالهم»، انظر عوالى اللآلى ۱: ۲۲۲، الحديث ۹۹.

(۲) الإسراء: ۳۴.

(۳) فى «ف» و «ش»: و إن.

(۴) عبارة «فى الشرط المشكوك إلى لا يجرى» ساقطة من «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۷۲

هذا الشرط فى كلّ عقد دليل على حدة.

ثمّ الأضعف من الوجه المتقدّم: التمسّك فى ذلك بتوقيفيّة الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقّن، و ليس إلّا العقد العارى عن التعليق.

إذ فيه: أنّ إطلاق الأدلّة مثل حلّية البيع، و تسلّط الناس على أموالهم، و حلّ التجارة عن تراضٍ، و وجوب الوفاء بالعقود، و أدلّة سائر العقود كافٍ فى التوقيف «۱».

و بالجملة، فإثبات هذا الشرط فى العقود مع عموم أدلّتها و وقوع كثيرٍ منها فى العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محقّقاً أو منقولًا مشكل.

ثمّ إنّ القادح هو تعليق الإنشاء، و أمّا إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد و إن كان المنشئ متردّداً فى ترتّب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ البيع و هو لا يعلم أنّ المال له، أو أنّ المبيع ممّا يتموّل، أو أنّ «۲» المشترى راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممّا يتوقّف صحّة العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتّب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التمليك العرفى.

و قد صرّح بما ذكرنا بعض المحقّقين؛ حيث قال: لا يخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد «۳».

(۱) فى «ف»: بالتوقيف.

(۲) فى «ف»: و أنّ.

(۳) صرّح به المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ۱۱۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۷۳

نعم، ربما يشكل الأمر فى فقد الشروط المقوّمة كعدم الزوجيّة أو الشكّ فيها فى إنشاء الطلاق، فإنّه لا يتحقّق القصد إليه منجّزاً من دون العلم بالزوجيّة، و كذا الرقّية فى العتق، و حينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى شيءٍ من ذلك للاحتياط، و قلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز «۱» و إن كان فى الواقع معلّقاً، أو يوكّل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه، و لا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكِّل مالكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن.

إلّا أنّ ظاهر الشهيد فى القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوّجه «۲» امرأة يشكّ فى أنّها محرّمة عليه أو محلّلة «۳»، فظهر حلّها، و علّل ذلك بعدم الجزم حال العقد. قال: و كذا الإيقاعات، كما لو خالع امرأةً أو طلّقها و هو شاكّ فى زوجيّتها، أو ولّى نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليّته و إن ظهر أهلًا.

ثمّ قال: و يخرج من هذا بيع مال مورّثه لظنّه حياته، فبان ميّتاً؛ لأنّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصيّة البائع غير معلومة، و إن قيل بالبطلان أمكن؛ لعدم القصد إلى نقل ملكه. و كذا لو زوّج أمة أبيه «۴» فظهر ميتاً «۵»، انتهى.

---

(۱) كذا فى «ف»، «ن»، «خ» و «م»، و فى سائر النسخ: التنجّز.

(۲) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: زوّج.

(۳) أو محلّلة» من «ف» و المصدر.

(۴) فى «ف»: أمته ابنه.

(۵) القواعد و الفوائد ۲: ۲۳۸، القاعدة ۲۳۸.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۷۴

و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم.

و قال فى موضعٍ آخر: و لو طلّق بحضور خنثيين فظهرا رجلين، أمكن الصحّة، و كذا بحضور من يظنّه فاسقاً فظهر عدلًا، و يشكلان فى العالم بالحكم؛ لعدم قصدهما «۱» إلى طلاقٍ صحيح «۲»، انتهى.

---

(۱) كذا فى النسخ، و الصواب: «قصده»، كما فى المصدر و مصحّحة «ص».

(۲) القواعد و الفوائد ۱: ۳۶۷، القاعدة ۱۴۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۷۵

و من جملة شروط العقد: التطابق بين الإيجاب و القبول

فلو اختلفا فى المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجهٍ خاصّ من حيث خصوص المشترى أو المثمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشترى على وجهٍ آخر، لم ينعقد.

و وجه هذا الاشتراط واضح، و هو مأخوذ من اعتبار القبول، و هو الرضا بالإيجاب، فحينئذٍ لو قال: «بعته من موكّلك بكذا» فقال: «اشتريته لنفسى» لم ينعقد، و لو قال: «بعت هذا من موكّلك»، فقال الموكّل الغير المخاطب: «قبلت» صحّ، و كذا لو قال: «بعتك» فأمر المخاطب وكيله بالقبول فقبل، و لو قال: «بعتك العبد بكذا»، فقال: «اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه» لم ينعقد، و كذا «۱» لو قال: «بعتك العبد بمائة درهم»، فقال: «اشتريته بعشرة دينار» «۲».

و لو قال للاثنين: «بعتكما العبد بألف»، فقال أحدهما «۳»:

---

(۱) لم ترد «كذا» فى «ف».

(۲) كذا فى النسخ، و الصواب: دنانير.

(۳) فى «ف»: أحد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۷۶

«اشتريت نصفه بنصف الثمن» لم يقع، و لو قال كلٌّ منهما ذلك، لا يبعد الجواز، و نحوه لو قال البائع: «بعتك العبد بمائة» فقال المشترى: «اشتريت كلّ نصفٍ منه بخمسين»، و فيه إشكال.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۷۷

و من جملة الشروط فى العقد «۱»: أن يقع كلٌّ من إيجابه و قبوله فى حالٍ

اشارة

يجوز لكلّ واحدٍ «۲» منهما الإنشاء فلو كان المشترى فى حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب، لم ينعقد.

ثمّ إنّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقدة و المعاهدة حينئذٍ.

و أمّا صحّة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط حقيقة «۳»، لا ركن؛ فإنّ حقيقة الوصية الإيصاء، و لذا «۴» لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، و لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك.

و إن كان لعدم الاعتبار «۵» برضاهما، فلخروجه أيضاً عن مفهوم

---

(۱) لم ترد «فى العقد» فى «ف».

(۲) لم ترد «واحد» فى «ف».

(۳) فى «ص»: شرط تحقّقه.

(۴) فى غير «ن» و «ش»: و كذا.

(۵) فى «ف»: اعتبار.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۷۸

التعاهد و التعاقد؛ لأنّ المعتبر فيه عرفاً رضا كلٍّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر بفَلَسٍ أو سَفَهٍ أو رقّ لو فرض أو مرض موت.

و الأصل فى جميع ذلك: أنّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق، و كذا لو كان المشترى فى زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممّن لا يعتبر رضاه كالصغير-، فصحّة كلٍّ من الإيجاب و القبول يكون معناه قائماً فى نفس المتكلّم من أوّل العقد إلى أن يتحقّق تمام السبب، و به يتمّ معنى المعاقدة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً فى نفس أحدهما، أو قام و لم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقّق معنى المعاقدة.

ثمّ إنّهم صرّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره، و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفى حصوله بعده، فضلًا عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول، اللّهم إلّا أن يلتزم بكون الحكم فى المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

«فرع» لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً فى شروط الصيغة،

فهل يجوز أن يكتفى كلٌّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركّب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً فى النقل كما لو فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسى أردؤها أخيرها.

و الأوّلان مبتیّان علی أنّ الأحکام الظاهریة المجتهَد فیها بمنزلة

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۷۹

الواقعیة الاضطراریة، فالإیجاب بالفارسیة من المجتهد القائل بصحّته عند مَن یراه باطلًا بمنزلة إشارة الأخرس و إیجاب العاجز عن العربیة، و کصلاة المتیمّم بالنسبة إلی واجد الماء، أم هی أحکام عذریّة لا یعذّر فیها إلّا «۱» من اجتهد أو قلّد فیها، و المسألة محرّرة فی الأُصول «۲».

هذا کلّه إذا کان بطلان العقد عند کلٍّ من المتخالفین مستنداً إلی فعل الآخر، کالصراحة و العربیة و الماضویة و الترتیب، و أمّا الموالاة و التنجیز و بقاء المتعاقدین علی صفات صحّة الإنشاء إلی آخر العقد، فالظاهر أنّ اختلافها یوجب فساد المجموع؛ لأنّ بالإخلال «۳» بالموالاة أو التنجیز أو البقاء علی صفات صحّة الإنشاء، یفسد عبارة من یراها شروطاً؛ فإنّ الموجب إذا علّق مثلًا، أو لم یبقَ علی صفة صحّة الإنشاء إلی زمان القبول باعتقاد مشروعیّة ذلک، لم یجز من القائل ببطلان هذا تعقیب هذا الإیجاب بالقبول، و کذا القابل إذا لم یقبل إلّا بعد فوات الموالاة بزعم صحّة ذلک؛ فإنّه یجب علی الموجب إعادة إیجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمّل.

---

(۱) لم ترد «إلّا» فی «ف».

(۲) انظر مطارح الأنظار: ۲۲ (هدایة فی الأمر الظاهری الشرعی). و راجع غیرها من کتب الأُصول فی مبحث «إجزاء الأمر الظاهری عن الواقعی».

(۳) فی «ع» و «ص»: «الإخلال»، و الظاهر من «ف» کونها: «بالاختلال».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۸۰

مسألة [أحکام المقبوض بالعقد الفاسد]«۱»

[الأوّل] [ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

اشارة

«۲» لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم یملکه، و کان مضموناً علیه.

أمّا عدم الملک؛ فلأنه مقتضی فرض الفساد.

و أمّا الضمان بمعنی کون تلفه علیه و هو أحد الأُمور «۳» المتفرّعة علی القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، و ادّعی الشیخ فی باب الرهن «۴»، و فی موضع من البیع: الإجماع علیه صریحاً «۵»، و تبعه فی ذلک «۶» فقیه عصره فی شرح القواعد «۷».

و فی السرائر: أنّ البیع الفاسد یجری عند المحصّلین مجری الغصب فی الضمان «۸»، و فی موضعٍ آخر نسبه إلی أصحابنا (۹).

---

(۱) العنوان منّا.

(۲) العنوان منّا

(۳) کذا فی «ف» و مصحّحة «خ» و «ص»، و فی سائر النسخ: أُمور.

(۴) المبسوط ۲: ۲۰۴.

(۵) نفس المصدر ۲: ۱۵۰.

(۶) فی «ف»: علی ذلک.

(۷) هو الشیخ الکبیر کاشف الغطاء فی شرح القواعد (مخطوط): ۵۲.

(۸) و (۹) السرائر ۲: ۲۸۵ و ۳۲۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۸۱

[الاستدلال علی الضمان]

و یدلّ علیه: النبویّ المشهور: «علی الید ما أخذت حتی تؤدّی» «۱».

و الخدشة فی دلالته: بأنّ کلمة «علی» ظاهرة فی الحکم التکلیفی فلا یدلّ علی الضمان، ضعیفة جدّاً؛ فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا أُسند الظرف إلی فعلٍ من أفعال المکلّفین، لا إلی مالٍ من الأموال، کما یقال: «علیه دین»، فإنّ لفظة «علی» حینئذٍ لمجرّد الاستقرار فی العهدة، عیناً کان أو دیناً؛ و من هنا کان المتّجه صحّة الاستدلال به علی ضمان الصغیر، بل المجنون إذا لم یکن یدهما ضعیفة؛ لعدم التمییز «۲» و الشعور.

و یدلّ علی الحکم المذکور أیضاً: قوله علیه السلام فی الأمة المبتاعة إذا وُجِدت مسروقة بعد أن أولدها المشتری: إنّه «۳» «یأخذ الجاریة صاحبها، و یأخذ الرجل ولده بالقیمة» «۴»، فإنّ ضمان الولد بالقیمة مع کونه نماءً لم یستوفه المشتری یستلزم ضمان الأصل بطریقٍ أولی، و لیس «۵» استیلادها من قبیل إتلاف النماء، بل من قبیل إحداث نمائها «۶» غیرَ قابلٍ للملک، فهو کالتالف لا المتلَف «۷»، فافهم.

---

(۱) عوالی اللآلی ۱: ۲۲۴، الحدیث ۱۰۶ و ۳۸۹، الحدیث ۲۲.

(۲) کذا فی «ن»، و فی سائر النسخ: التمیّز.

(۳) لم ترد «إنّه» فی «ف».

(۴) الوسائل ۱۴: ۵۹۲، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء، الحدیث ۳.

(۵) فی «ش»: فلیس.

(۶) فی «ش»: إنمائها.

(۷) فی «ش»: لا کالمتلف.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۸۲

[قاعدة ما یضمن بصحیحه و عکسها]

[البحث فی قاعدة ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده]

اشارة

ثمّ إنّ هذه المسألة من جزئیات القاعدة المعروفة «کلّ عقدٍ یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» و هذه القاعدة أصلًا و عکساً و إن لم أجدها بهذه العبارة فی کلام من تقدّم علی العلّامة، إلّا أنّها تظهر من کلمات الشیخ رحمه اللّه فی

المبسوط «۱»، فإنّه علّل الضمان فی غیر واحدٍ من العقود الفاسدة: بأنّه دخل علی أن یکون المال مضموناً علیه.

و حاصله: أنّ قبض المال مُقْدِماً علی ضمانه بعوضٍ واقعیّ أو جعلی موجب للضمان، و هذا المعنی یشمل المقبوض «۲» بالعقود الفاسدة التی تضمن بصحیحها.

و ذکر أیضاً فی مسألة عدم الضمان فی الرهن الفاسد: أنّ صحیحه لا یوجب الضمان فکیف یضمن بفاسده «۳»؟ و هذا یدلّ علی العکس المذکور.

و لم أجد من تأمّل فیها عدا الشهید فی المسالک فیما لو فسد عقد السبق فی أنّه «۴» یستحقّ السابق اجرة المثل أم لا؟ «۵».

[الكلام فی معنی القاعدة]

و کیف کان، فالمهمّ بیان معنی القاعدة أصلًا و عکساً، ثمّ بیان المدرک فیها.

---

(۱) راجع المبسوط ۳: ۵۸، ۶۵، ۶۸، ۸۵ و ۸۹.

(۲) فی «ش»: القبوض.

(۳) المبسوط ۲: ۲۰۴.

(۴) کذا فی «ف» و هامش «خ» و «م»، و فی سائر النسخ: بدل «فی أنّه»: فهل.

(۵) المسالک ۶: ۱۱۰.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۱۸۳

فنقول و من اللّه الاستعانة: إنّ المراد ب «العقد» أعمّ من الجائز و اللازم، بل ممّا کان فیه شائبة الإیقاع أو کان أقرب إلیه، فیشمل الجعالة و الخلع.

و المراد بالضمان فی الجملتین: هو کون دَرَک المضمون، علیه، بمعنی کون خسارته و دَرَکه فی ماله الأصلی، فإذا تلف وقع نقصان فیه؛ لوجوب تدارکه منه، و أمّا مجرّد کون تلفه فی ملکه بحیث یتلف مملوکاً له کما یتوهّم «۱» فلیس هذا معنی للضمان أصلًا، فلا یقال: إنّ الإنسان ضامنٌ لأمواله.

ثمّ تدارکه من ماله، تارةً یکون بأداء عوضه الجعلی الذی تراضی هو و المالک علی کونه عوضاً و أمضاه الشارع، کما فی المضمون بسبب العقد الصحیح.

و اُخری بأداء عوضه الواقعی و هو المثل أو القیمة و إن لم یتراضیا علیه.

و ثالثةً بأداء أقلّ الأمرین من العوض الواقعی و الجعلی، کما ذکره بعضهم فی بعض المقامات «۲» مثل تلف الموهوب بشرط التعویض قبل دفع العوض.

---

(۱) قیل: إنّه الشیخ علی فی حواشی الروضة فی تفسیر القاعدة. انظر غایة الآمال: ۲۷۷، و هدایة الطالب: ۲۱۰، و لعلّ المراد من الشیخ علی المذکور هو صاحب «الدرّ المنثور» حفید صاحب المعالم، انظر الذریعة ۱۲: ۶۷.

(۲) ذکره المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ۹: ۱۷۸، و الشهید الثانی فی المسالک ۶: ۶۳.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۱۸۴

فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق، هو لزوم تدارکه بعوضه الواقعی؛ لأنّ هذا هو التدارک حقیقة، و لذا «۱» لو اشترط «۲» ضمان العاریة لزم غرامة مثلها أو قیمتها. و لم یرد فی أخبار ضمان المضمونات «۳» من المغصوبات و غیرها عدا لفظ «الضمان» بقولٍ

مطلق.

و أمّا تداركه بغيره فلا بدّ من ثبوته من طريقٍ آخر، مثل تواطئهما عليه بعقدٍ صحيح يُمضيه الشارع.

فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان فى قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّى نظير الضمان فى العقد الصحيح-، ضعيف فى الغاية «۴»، لا لأنّ ضمانه بالمسمّى يخرجه من فرض الفساد؛ إذ يكفى فى تحقّق فرض الفساد بقاءُ كلٍّ من العوضين على ملك مالكه و إن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيّة نظير المعاطاة على القول بالإباحة بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان، و أنّ التدارك بالمسمّى «۵» فى الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيّته، لا لأنّ

---

(۱) فى «ف»: و لهذا.

(۲) فى «ع» و «ص»: «شرط»، و كتب فوق الكلمة فى «ص»: اشترط.

(۳) انظر الوسائل ۱۳: ۲۵۷ ۲۵۸، الباب ۱۷ من أبواب أحكام الإجارة، الأحاديث ۲ ۶، و ۱۳: ۲۷۱ و ۲۷۶، الباب ۲۹ و ۳۰، و ۱۹: ۱۷۹ ۱۸۲، الباب ۸ ۱۱ من كتاب الديات و غيرها.

(۴) قال المحقّق المامقانى بعد نقل العبارة-: تعريض بما فى شرح القواعد، انظر غاية الآمال: ۲۷۹، و شرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط): الورقة ۵۲.

(۵) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: المسمّى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۸۵

معنى الضمان فى الصحيح مغاير لمعناه فى الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكاً فى العبارة، فافهم.

ثمّ العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفراده مثل البيع و الصلح و الإجارة و نحوها؛ لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، و إنّما المقتضى له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلًا الصلح بنفسه لا يوجب الضمان؛ لأنّه قد لا يفيد إلّا فائدة الهبة الغير المعوّضة أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب «۱» للضمان أيضاً، و لا يلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده، و كذا الكلام فى الهبة المعوّضة، و كذا عارية الذهب و الفضّة.

نعم، ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الذى استعاره المحرم: أنّ صحيح العارية لا يوجب الضمان فينبغى أن لا يضمن بفاسدها «۲»، و لعلّ المراد عارية غير الذهب و الفضّة، و غير المشروط ضمانها.

ثمّ المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقّق «۳» فى ضمن العقد الصحيح، ففى الضمان بالفاسد

---

(۱) فى «ف»: يوجب.

(۲) انظر المسالك ۵: ۱۳۹، و الحدائق ۲۱: ۴۸۹، و مفتاح الكرامة ۶: ۵۶ و غيرها، و سوف يجىء الكلام فى المسألة عند التعرّض للإشكال فى اطّراد القاعدة فى الصفحة ۱۹۵.

(۳) فى «ف»: المحقّق.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۸۶

من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسّكاً بهذه القاعدة إشكال، كما لو استأجر إجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين، و قلنا بصحّة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأنّ صحيحة يضمن به «۱» و لو لأجل الشرط، أم لا؟ و كذا الكلام فى الفرد الفاسد من العارية

المضمونة.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقاً «۲»، تبعاً لظاهر المسالك «۳». و يمكن جعل الهبة المعوّضة من هذا القبيل؛ بناءً على أنّها هبة مشروطة لا معاوضة.

و ربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه: أنّ كلّ شخصٍ من العقود يضمن به لو كان صحيحاً، يضمن به مع الفساد.

و يترتّب «۴» عليه عدم الضمان فيما «۵» لو استأجر بشرط أن لا اجرة كما اختاره الشهيدان «۶»، أو باع بلا ثمن، كما هو أحد وجهي العلّامة في القواعد «۷».

و يضعّف: بأنّ الموضوع هو العقد الذي يوجد «۸» له بالفعل صحيح

---

(۱) لم ترد «به» في «ف».

(۲) انظر الرياض ۱: ۶۲۵.

(۳) المسالك ۵: ۱۳۹ ۱۴۱.

(۴) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: و رتب.

(۵) لم ترد «فيما» في «ف».

(۶) نقله المحقّق الثاني في جامع المقاصد ۷: ۱۲۰، عن حواشي الشهيد، و لكنّها لا- توجد لدينا، و نقله الشهيد الثاني أيضاً في المسالك ۵: ۱۸۴، و قال: و هو حسن.

(۷) القواعد ۱: ۱۳۴.

(۸) كذا في «ف»، و في غيرها: وجد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۱۸۷

و فاسد، لا ما يفرض تارةً صحيحاً و أُخرى فاسداً، فالمتعيّن بمقتضى هذه القاعدة: الضمان في مسألة البيع؛ لأنّ البيع الصحيح يضمن به.

نعم، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة: بأنّه أقدم على العين «۱» مضمونة عليه، لا يجري في هذا الفرع، لكنّ الكلام في معنى القاعدة، لا في مدركها.

ثمّ إنّ لفظة «الباء» في «بصحيحه» و «بفاسده»، إمّا بمعنى «في»، بأن يراد: كلّ ما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده، و إمّا لمطلق السببيّة الشامل للناقصة لا العلّة التامّة؛ فإنّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض، كما في السلم و الصرف، بل مطلق البيع، حيث إنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أنّ دَرَكَه عليه، و يتداركه بردّ الثمن، فتأمّل، و كذا الإجارة و النكاح و الخلع؛ فإنّ المال في ذلك كلّه مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلّمه من انتقل إليه.

و أمّا العقد الفاسد، فلا يكون علّة تامّة أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان به «۲» إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً: إمّا لأنّه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، و إمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض؛ و لذا علّل الضمان الشيخ «۳» و غيره «۴»

---

(۱) كالشهيد الثاني في المسالك ۳: ۱۵۴.

(۲) لم ترد «به» في غير «ف».

(۳) تقدّم في الصفحة ۱۸۲.

(۴) مثل الشهيد الثاني في المسالك ۳: ۱۵۴، و ۴: ۵۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۸۸

بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، و لا ريب أنّ دخوله على الضمان إنّما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه.

و الغرض من ذلك كلّه: دفع ما يتوهّم أنّ سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببيّة الضمان و يقال: كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟

و قد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهّم أنّ ظاهر القاعدة عدم توقّف الضمان في الفاسد على «۱» القبض، فلا بدّ من تخصيص القاعدة بإجماعٍ و نحوه.

[الكلام في مدرك القاعدة]

ثمّ إنّ المدرك لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل «۲» هو: إقدام الآخذ على الضمان، ثمّ أضاف إلى ذلك قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّى» «۳».

و الظاهر أنّه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط «۴»، حيث علّل الضمان في موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين-: بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى، فإذا لم يسلّم له المسمّى رجع إلى المثل أو القيمة.

و هذا الوجه لا يخلو عن «۵» تأمّل؛ لأنّهما إنّما أقدما و تراضيا

---

(۱) كذا في «ن»، و في سائر النسخ: إلى.

(۲) المسالك ۴: ۵۶.

(۳) عوالي اللآلي ۱: ۲۲۴، الحديث ۱۰۶، و ۱: ۳۸۹، الحديث ۲۲.

(۴) تقدّم في الصفحة ۱۸۲.

(۵) في «ف»: من.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۸۹

و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمانٍ خاصّ، لا الضمان بالمثل أو القيمة «۱»، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاصّ، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوّم بخصوصيّة اخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت، فحكم شرعي تابع لدليله و ليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

هذا كلّه، مع أنّ مورد هذا التعليل أعمّ من وجه من المطلب؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً و لا ضمان، كما «۲» قبل القبض، و قد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، و كما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «آجرتك بلا اجرة».

نعم، قوّى الشهيدان في الأخير عدم الضمان «۳»، و استشكل العلّامة في مثال البيع في باب السلم «۴».

و بالجملة، فدليل الإقدام مع أنّه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصّله منقوض طرداً و عكساً.

و أمّا خبر اليد «۵» فدلالته و إن كانت ظاهرة و سنده منجبراً، إلّا أنّ

---

(۱) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: و القيمة.

(۲) لم ترد «كما» في «ف».

(۳) تقدّم عنهما فی الصفحة ۱۸۶.

(۴) القواعد ۱: ۱۳۴.

(۵) و هو قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «علی الید ما أخذت حتی تؤدّی»، عوالی اللآلی ۱: ۲۲۴، الحدیث ۱۰۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۹۰

مورده مختصّ بالأعیان، فلا یشمل المنافع و الأعمال المضمونة فی الإجارة الفاسدة.

اللّهم إلّا أن یستدلّ علی الضمان فیها بما دلّ علی احترام مال المسلم «۱»، و أنّه لا یحلّ مال امرئٍ «۲» إلّا عن طیب نفسه «۳»، و أنّ حرمة ماله کحرمة دمه «۴»، و أنّه لا یصلح «۵» ذهاب حقّ أحد «۶»، مضافاً إلی أدلّة نفی الضرر «۷»، فکلّ عمل وقع من عاملٍ لأحدٍ بحیث یقع بأمره و تحصیلًا لغرضه، فلا بدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتی الاحترام و نفی الضرار.

ثمّ إنّه لا یبعد أن یکون مراد الشیخ و من تبعه من الاستدلال علی الضمان بالإقدام و الدخول علیه: بیان أنّ العین و المنفعة اللذین «۸» تسلّمهما الشخص لم یتسلّمهما مجّاناً و تبرّعاً حتی لا یقضی احترامهما

---

(۱) انظر الوسائل ۱۷: ۳۰۹، الباب الأوّل من أبواب الغصب، الحدیث ۴، و عوالی اللآلی ۳: ۴۷۳، الأحادیث ۱ ۵.

(۲) لم ترد «مال امرئ» فی غیر «ف».

(۳) الوسائل ۳: ۴۲۵، الباب ۳ من أبواب مکان المصلّی، الحدیث ۳، مع اختلافٍ فی اللفظ، و عوالی اللآلی ۲: ۱۱۳، الحدیث ۳۰۹.

(۴) الوسائل ۸: ۵۹۹، الباب ۱۵۲ من أبواب أحکام العشرة، الحدیث ۹، و الصفحة ۶۱۰، الباب ۱۵۸ من أبواب أحکام العشرة، الحدیث ۳.

(۵) فی غیر «ش»: لا یصحّ.

(۶) الوسائل ۱۳: ۳۹۰، الباب ۲۰ من أبواب أحکام الوصایا، الحدیث ۳.

(۷) منها ما ورد فی الوسائل ۱۷: ۳۴۰، الباب ۱۲ من أبواب إحیاء الموات.

(۸) کذا فی النسخ، و المناسب: اللتین.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۹۱

بتدارکهما بالعوض، کما فی العمل المتبرّع به و العین المدفوعة مجّاناً أو أمانة، فلیس دلیل الإقدام دلیلًا مستقلا، بل هو بیان لعدم المانع عن مقتضی الید فی الأموال و احترام الأعمال.

نعم، فی المسالک ذکر کلّا من الإقدام و الید دلیلًا مستقلا «۱»، فیبقی علیه ما ذکر سابقاً من النقض و الاعتراض «۲».

[الضمان فیما لا یرجع فیه نفع إلی الضامن]

و یبقی الکلام حینئذٍ فی بعض الأعمال المضمونة التی لا یرجع نفعها إلی الضامن و لم یقع بأمره، کالسبق فی المسابقة الفاسدة، حیث حکم الشیخ «۳» و المحقّق «۴» و غیرهما «۵» بعدم استحقاق السابق اجرة المثل، خلافاً لآخرین «۶»، و وجهه: أنّ عمل العامل لم یعد نفعه إلی الآخر، و لم یقع بأمره أیضاً، فاحترام الأموال التی منها الأعمال لا یقضی بضمان

---

(۱) المسالک ۳: ۱۵۴، و ۴: ۵۶.

(۲) أمّا النقض، فهو ما أفاده فی الصفحة السابقة بقوله: «و بالجملة فدلیل الإقدام .. منقوض طرداً و عکساً». و أمّا الاعتراض، فهو ما ذکره فی الصفحة ۱۸۸ ۱۸۹ بقوله: «لأنّهما إنّما أقدما و تراضیا و تواطئا بالعقد الفاسد علی ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القیمة».

(۳) المبسوط ۶: ۳۰۲، لکنّه نفی فیه استحقاق المسمّی، و أمّا اجرهٔ المثل فقد نسب إلی قومٍ ثبوته و إلی آخرین سقوطه.

(۴) الشرائع ۲: ۲۴۰.

(۵) کالشهید الثانی فی المسالک ۶: ۱۰۹ ۱۱۰، و السبزواری فی الکفایهٔ: ۱۳۹.

(۶) منهم العلّامهٔ فی القواعد ۱: ۲۶۳، و التذکرهٔ ۲: ۳۵۷، و ولده فخر المحقّقین فی الإیضاح ۲: ۳۶۸، و المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ۸: ۳۳۷.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۱۹۲

الشخص له «۱» و وجوب «۲» عوضه علیه؛ لأنّه لیس کالمستوفی له؛ و لذا کانت شرعیّته علی خلاف القاعدهٔ، حیث إنّه بذل مالٍ فی مقابل عملٍ لا ینفع الباذل، و تمام الکلام فی بابه.

ثمّ إنّه لا فرق فی ما ذکرنا من الضمان فی الفاسد، بین جهل الدافع بالفساد و بین علمه مع جهل القابض.

و توهّم: أنّ الدافع فی هذه الصورهٔ هو الذی سلّطه علیه و المفروض أنّ القابض جاهل، مدفوع: بإطلاق النصّ و الفتوی، و لیس الجاهل مغروراً؛ لأنّه أقدم علی الضمان قاصداً، و تسلیط الدافع العالم لا یجعلها «۳» أمانهٔ مالکیهٔ؛ لأنّه دفعه علی أنّه ملک المدفوع إلیه، لا أنّه أمانهٔ عنده أو عاریهٔ؛ و لذا لا یجوز له التصرّف فیه و الانتفاع به، و سیأتی تتمّهٔ ذلک فی مسألهٔ بیع الغاصب مع علم المشتری «۴».

هذا کلّه فی أصل الکلّیهٔ المذکورهٔ.

و أمّا عکسها، و هو: أنّ ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده،

اشارهٔ

فمعناه: أنّ کلّ عقدٍ لا یفید صحیحه ضمان مورده ففاسده لا یفید ضماناً، کما فی عقد الرهن و الوکالهٔ و المضاربهٔ و العاریهٔ الغیر المضمونهٔ، بل المضمونهٔ بناءً علی أنّ المراد بإفادهٔ الصحیح للضمان إفادته بنفسه، لا بأمرٍ خارج عنه، کالشرط الواقع فی متنه و غیر ذلک من العقود اللازمهٔ و الجائزهٔ.

---

(۱) لم ترد «له» فی «ف».

(۲) فی «ف»: أو وجوب.

(۳) کذا فی النسخ.

(۴) عبارهٔ «ثمّ إنّه لا فرق إلی علم المشتری» لم ترد فی «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۱۹۳

[هل تضمن العین المستأجرهٔ فاسدا؟]

ثمّ إنّ مقتضی ذلک عدم ضمان العین المستأجرهٔ فاسداً؛ لأنّ صحیح الإجارهٔ غیر مفیدٍ لضمانها کما صرّح به فی القواعد «۱» و التحریر «۲» و حکی عن التذکرهٔ «۳» و «۴» إطلاق الباقی «۵»، إلّا أنّ صریح الریاض الحکم بالضمان، و حکی فیها عن بعضٍ نسبته إلی المفهوم من کلمات الأصحاب «۶»، و الظاهر أنّ المحکیّ عنه هو المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدهٔ «۷».

و ما أبعد ما بینه و بین ما عن جامع المقاصد؛ حیث قال فی باب الغصب: إنّ الذی یلوح من کلامهم هو «۸» عدم ضمان العین المستأجرهٔ فاسداً باستیفاء المنفعهٔ، و الذی ینساق إلیه النظر هو الضمان، لأنّ التصرّف فیه «۹» حرام؛ لأنّه غصب فیضمنه، ثمّ قال: إلّا أنّ کون الإجارهٔ الفاسدهٔ لا یضمن بها کما لا یضمن بصحیحها منافٍ لذلک،

(۱) القواعد ۱: ۲۳۴.

(۲) تحرير الأحكام ۱: ۲۵۲، هذا و قد وردت الكلمة فى أكثر النسخ هكذا: «ئر»، و لكنّنا لم نقف عليه فى السرائر، فراجع.

(۳) التذكرة ۲: ۳۱۸.

(۴) لم ترد «و» فى «ف».

(۵) كابن حمزة فى الوسيلة: ۲۶۷، و المحقّق فى الشرائع ۲: ۱۷۹، و الشهيدين فى اللمعة و شرحها (الروضة البهية) ۴: ۳۳۱.

(۶) الرياض ۲: ۸.

(۷) مجمع الفائدة ۱۰: ۵۰.

(۸) لم ترد «هو» فى «ف»

(۹) كذا فى النسخ، و المناسب: فيها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۱۹۴

فيقال: إنّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقّاً و الأصل براءة الذمّة من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة، و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأنّ استيلاءه بغير حقّ و هو باطل «۱»، انتهى.

[منشأ الحكم بالضمان]

و لعلّ الحكم بالضمان فى المسألة:

إمّا لخروجها عن قاعدة «ما لا يضمن»؛ لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد فى الإجارة المنفعة، فالعين يُرجع فى حكمها إلى القواعد، و حيث كانت فى صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً و من طرف المالك، لم يكن فيه «۲» ضمان، و أمّا فى فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها؛ لحقّ الانتفاع فيه «۳»، و المفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه «۴» يد عدوان موجبة للضمان.

و إمّا لأنّ «۵» قاعدة «ما لا يضمن» معارضة هنا بقاعدة اليد.

[الأقوى عدم الضمان]

و الأقوى: عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة، و لا متخصّصة.

ثمّ إنّه يشكل اطّراد القاعدة فى موارد:

منها: الصيد الذى استعاره المحرم من المحِلّ؛

بناءً على فساد العارية، فإنّهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أنّ صحيح العارية

(۱) جامع المقاصد ۶: ۲۱۶.

(۲) كذا فى النسخ، و المناسب: فيها.

(۳) كذا فى النسخ، و المناسب: فيها.

(۴) كذا، و المناسب: عليها.

(۵) کلمة «لأنّ» وردت فی غیر «ف» مستدرکة.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۹۵

لا یضمن به، و لذا ناقش الشهید الثانی فی الضمان علی تقدیری الصحّة و الفساد «۱».

إلّا أن یقال: إنّ وجه ضمانه بعد البناء علی أنّه یجب علی المحرم إرساله و أداء قیمته-: أنّ المستقرّ علیه قهراً «۲» بعد العاریة هی القیمة لا العین، فوجوب دفع القیمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذی هو سبب لضمان ملک الغیر فی کلّ عقد، لا بسبب التلف.

[منها المنافع غیر المستوفاة من المبیع فاسدا]

و یشکل اطّراد القاعدة أیضاً فی المبیع «۳» فاسداً بالنسبة إلی المنافع التی لم یستوفها؛ فإنّ هذه المنافع غیر مضمونة فی العقد الصحیح، مع أنّها مضمونة فی العقد الفاسد، إلّا أن یقال: إنّ ضمان العین یستتبع ضمان المنافع فی العقد الصحیح و الفاسد، و فیه نظر؛ لأنّ نفس المنفعة غیر مضمونة بشی‌ءٍ فی العقد الصحیح؛ لأنّ الثمن إنّما هو بإزاء العین دون المنافع.

[منها حمل المبیع فاسدا]

و یمکن نقض القاعدة أیضاً بحمل المبیع فاسداً، علی ما صرّح به فی المبسوط «۴» و الشرائع «۵» و التذکرة «۶» و التحریر «۷»: من کونه مضموناً علی

---

(۱) المسالک ۵: ۱۳۹.

(۲) لم ترد «قهراً» فی «ف».

(۳) کذا فی «ف» و ظاهر «ن»، و فی سائر النسخ: البیع.

(۴) المبسوط ۳: ۶۵.

(۵) الشرائع ۳: ۲۳۶.

(۶) التذکرة ۱: ۴۹۶، و ۲: ۳۹۷.

(۷) التحریر ۲: ۱۳۷.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۱۹۶

المشتری، خلافاً للشهیدین «۱» و المحقّق الثانی «۲» و بعضٌ آخر «۳» تبعاً للعلّامة فی القواعد «۴»، مع أنّ الحمل غیر مضمون فی البیع الصحیح؛ بناءً علی أنّه للبائع.

و عن الدروس توجیه کلام العلّامة بما إذا اشترط الدخول فی البیع «۵»، و حینئذٍ لا نقض علی القاعدة.

[منها الشرکة الفاسدة]

و یمکن النقض أیضاً بالشرکة الفاسدة؛ بناءً علی أنّه لا یجوز التصرّف بها، فأخذ المال المشترک حینئذٍ عدواناً موجب للضمان.

[مبنی عدم الضمان فی عکس القاعدة هی الأولویة و المناقشة فیها]

ثمّ إنّ مبنی هذه القضیة السالبة علی «۶» ما تقدّم من کلام الشیخ فی المبسوط «۷» هی الأولویة، و حاصلها: أنّ الرهن لا یضمن بصحیحه فکیف بفاسده؟

و توضيحه: أنّ الصحيح من العقد إذا لم يقتضِ الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذى هو بمنزلة العدم لا يؤثّر فى الضمان؛ لأنّ أثر الضمان إمّا من الإقدام على الضمان، و المفروض عدمه، و إلّا لضمن

---

(١) الدروس ٣: ١٠٨، و الروضة البهية ٧: ٢۴ و ٢۵، و المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠۵.

(٢) جامع المقاصد ۶: ٢٢٠.

(٣) مثل المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائدة ١٠: ۵١١.

(۴) القواعد ١: ٢٠٢.

(۵) الدروس ٣: ١٠٨، و العبارة فى «ف» هكذا: إذا شرط الدخول فى المبيع.

(۶) كلمة «على» و عبارة «هى الأولوية» وردتا فى «ف» فى الهامش استدراكاً.

(٧) تقدّمت فى الصفحة ١٨٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٩٧

بصحيحه، و إمّا من «١» حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض أنّها لا تؤثّر شيئاً.

و وجه الأولوية: أنّ الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إنّ الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجرى «٢» فى الفاسد؛ لكونه لغواً غير مؤثّر، على ما سبق تقريبه: من أنّه أقدم على ضمان خاصّ، و الشارع لم يمضه فيرتفع أصل الضمان «٣».

لكن يخدشها: أنّه يجوز أن يكون صحّة الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلّط المرتهن و المستأجر على العين شرعاً مؤثّرة فى رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذى لا يوجب تسلّطاً لهما على العين، فلا أولويّة.

فإن قلت: إنّ الفاسد و إن لم يكن له دخل فى الضمان، إلّا أنّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التى يكون مواردها غير مضمونة على القابض، و بقى الباقى.

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، و هى «۴» عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمّنه المالك سواء ملّكه إيّاه بغير عوض، أو سلّطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه «۵» لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقّه، أو العمل فيه بلا اجرة أو

---

(١) كلمة «من» من «ش» و مصحّحة «خ».

(٢) فى «ف»: و لا يجرى.

(٣) سبق تقريبه فى الصفحة ١٨٩.

(۴) كذا فى النسخ، و فى «ف» غير واضحة، و المناسب: هو.

(۵) فى «ف»: أو استأمنه به.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٩٨

معها أو غير ذلك فهو غير ضامن «١».

أمّا فى غير التمليك بلا عوض أعنى الهبة فالدليل المخصّص لقاعدة الضمان عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن «٢»، بل ليس لك أن تتّهمه «٣» «۴».

و أمّا فى الهبة الفاسدة، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم «اليد»: بفحوى ما دلّ على خروج صور «۵» الاستئمان «۶»؛ فإنّ استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجّاناً عدم ضمانه بطريقٍ أولى. و التقييد بالمجّانية لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما فى المعاوضات؛ فإنّه عين التضمين.

فحاصل أدلّة عدم ضمان المستأمن: أنّ من دفع المالك إليه ملكه على وجهٍ لا يضمِّنه بعوض واقعى أعنى المثل أو القيمة «٧» و لا جعلى، فليس عليه ضمان.

---

(١) قال الشهيدى فى شرحه: «لم نعثر بهذا الدليل»، بل الظاهر من عبارة المصنّف فيما بعد عدم عثوره عليه أيضاً (هداية الطالب: ٢١٨).

(٢) راجع الوسائل ١٣: ٢٢٧، الباب ۴ من أبواب أحكام الوديعة، و الصفحة ٢٧٠، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة، الحديث الأوّل.

(٣) كما ورد فى الحديث ٩ و ١٠ من الباب ۴ من أبواب أحكام الوديعة.

(۴) عبارة «بل ليس لك أن تتّهمه» لم ترد فى «ف».

(۵) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن» و نسخة بدل «ش»، و فى سائر النسخ بدل «صور»: مورد.

(۶) انظر الهامش ٢.

(٧) فى «ن»، «م» و «ش»: و القيمة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ١٩٩

[الثانى] «١»

الثانى من الأُمور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب ردّه فوراً إلى المالك.

و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرّف فيه كما يلوح «٢» من مجمع الفائدة «٣»، بل صرّح فى التذكرة «۴» كما عن جامع المقاصد-: أنّ مئونة الردّ على المشترى لوجوب ما لا يتمّ الردّ إلّا به «۵»، و إطلاقه يشمل ما لو كان فى ردّه مئونة كثيرة، إلّا أن يقيّد بغيرها بأدلّة نفى الضرر.

و يدلّ عليه: أنّ الإمساك آناً ما تصرّف فى مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز؛ لقوله عجّل اللّه فرجه: «لا يجوز لأحدٍ أن يتصرّف فى مال غيره إلّا بإذنه» «۶».

---

(١) العنوان منّا.

(٢) الضمير فى قوله «يلوح» عائد إلى عدم جواز التصرّف، لا إلى نفى الخلاف، كما صرّح به المحقّق المامقانى، انظر غاية الآمال: ٢٨۶.

(٣) مجمع الفائدة ٨: ١٩٢.

(۴) التذكرة ١: ۴٩۵.

(۵) جامع المقاصد ۴: ۴٣۵.

(۶) الوسائل ١٧: ٣٠٩، الباب الأوّل من أبواب الغصب، الحديث ۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٢٠٠

و لو نوقش فى كون الإمساك تصرّفاً، كفى عموم قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم «١»: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ لأخيه إلّا عن طيب نفسه» «٢» حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلّقة به، التى منها كونه فى يده.

و أمّا توهّم: أنّ هذا بإذنه حيث إنّه دفعه باختياره، فمندفع: بأنّه إنّما ملّكه إيّاه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضيّة باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً «٣»، و المفروض أنّ كونه على وجه الملكيّة المجانيّة ممّا لم ينشئها المالك، و كونه مالًا للمالك و «۴» أمانة فى يده أيضاً ممّا لم يؤذن فيه، و لو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنّه لو ملّكه مجّاناً كانت هبة جديدة.

هذا، و لکنّ الذی یظهر من المبسوط «۵»: عدم الإثم فی إمساکه «۶»، و کذا السرائر ناسباً له إلی الأصحاب «۷»، و هو ضعیف، و النسبة غیر ثابتة، و لا یبعد إرادة صورة الجهل؛ لأنّه لا یعاقب.

---

(۱) فی «ف»، «ن»، «خ» و «ع»: علیه السلام.

(۲) الوسائل ۳: ۴۲۵، الباب ۳ من أبواب مکان المصلّی، الحدیث ۳، باختلافٍ فی اللفظ. و رواه فی عوالی اللآلی ۲: ۱۱۳ و ۲۴۰، الحدیث ۳۰۹ و ۶.

(۳) الظاهر سقوط جواب الشرط، و هو «انتفی الإذن».

(۴) لم ترد «و» فی «ف».

(۵) فی غیر «ف» و «ش» زیادة: «فی قبضه معلّلًا بأنّه قبضه بإذن مالکه، و قد تقدّم أیضاً من التحریر التصریح بعدم الإثم»، و شطب علیها فی «ن»، و لعلّها کانت حاشیة خلطت بالمتن، و یشهد لذلک عدم تقدّم کلام من التحریر فی المسألة، و لم نقف فی التحریر أیضاً علی التصریح بعدم الإثم فی الإمساک.

(۶) المبسوط ۲: ۱۴۹.

(۷) السرائر ۲: ۳۲۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۰۱

الثالث أنّه لو کان للعین المبتاعة منفعة استوفاها المشتری قبل الردّ، کان علیه عوضها علی المشهور،

بل ظاهر ما تقدّم من السرائر، من کونه بمنزلة المغصوب «۱»: الاتّفاق علی الحکم.

و یدلّ علیه: عموم قوله علیه السلام: «لا یحلّ مال امرئٍ مسلم «۲» إلّا عن طیب نفسه» «۳»، بناءً علی صدق المال علی المنفعة، و لذا یجعل ثمناً فی البیع و صداقاً فی النکاح.

خلافاً للوسیلة، فنفی الضمان؛ محتجّاً بأنّ الخراج بالضمان «۴» کما فی النبویّ المرسل «۵».

و تفسیره: أنّ مَن ضمن شیئاً و تقبّله لنفسه فخراجه له، فالباء

---

(۱) تقدّم فی الصفحة ۱۸۰.

(۲) فی «ش» زیادة: لأخیه.

(۳) عوالی اللآلی ۲: ۱۱۳، الحدیث ۳۰۹.

(۴) الوسیلة: ۲۵۵.

(۵) عوالی اللآلی ۱: ۲۱۹، الحدیث ۸۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۰۲

للسببیة أو المقابلة، فالمشتری لمّا أقدم علی ضمان المبیع و تقبّله علی نفسه بتقبیل البائع و تضمینه إیّاه علی أن یکون الخراج له مجّاناً، کان اللازم علی «۱» ذلک أنّ خراجه له علی تقدیر الفساد، کما أنّ الضمان علیه علی هذا التقدیر أیضاً.

و الحاصل: أنّ ضمان العین لا یجتمع مع ضمان الخراج، و مرجعه إلی أنّ الغنیمة و الفائدة بإزاء الغرامة، و هذا المعنی مستنبط من أخبار کثیرة متفرّقة، مثل قوله علیه السلام فی مقام الاستشهاد علی کون منفعة المبیع فی زمان الخیار للمشتری: «أ لا تری أنّها لو أُحرقت کانت من مال المشتری؟» «۲» و نحوه فی الرهن «۳» و غیره.

و فيه: أنّ هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتّى يكون الخراج بإزائه، و إنّما هو أمرٌ قهريٌّ حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم و المغصوب.

فالمراد بالضمان الذى بإزائه الخراج: التزام الشيء على نفسه و تقبّله له مع إمضاء الشارع له.

و ربما ينتقض ما ذكرنا فى معنى الرواية بالعارية المضمونة؛ حيث إنّه أقدم على ضمانها، مع أنّ خراجها ليس له؛ لعدم تملّكه للمنفعة، و إنّما

---

(۱) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: من.

(۲) الوسائل ۱۲: ۳۵۶، الباب ۸ من أبواب الخيار، الحديث ۳، و لفظ الحديث: «أ رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار، دار المشترى؟!»، و مثله فى الدلالة الحديث الأوّل من هذا الباب.

(۳) الوسائل ۱۳: ۱۲۶، الباب ۵ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ۶، و غيره.

تملّك الانتفاع الذى عيّنه المالك، فتأمّل.

و الحاصل: أنّ دلالة الرواية «۱» لا تقصر عن سندها فى الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حلّه إلّا عن طيب النفس.

و ربما يردّ هذا القول: بما ورد فى شراء الجارية المسروقة، من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن، بل عوض كلّ ما انتفع «۲».

و فيه: أنّ الكلام فى البيع الفاسد الحاصل بين مالكى العوضين من جهة أنّ مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرّف فى مال الغير.

و أضعف من ذلك ردّه بصحيحة أبى ولّاد «۳» المتضمّنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة؛ ردّاً على أبى حنيفة القائل بأنّه إذا تحقّق ضمان العين و لو بالغصب سقط كراها «۴»، كما يظهر من تلك الصحيحة.

نعم، لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبى حنيفة فى إطلاق القول بأنّ الخراج بالضمان، انتهضت الصحيحة و ما قبلها ردّاً عليه.

هذا كلّه فى المنفعة المستوفاة، و أمّا المنفعة الفائتة بغير استيفاء،

---

(۱) أى النبوى المرسل: «الخراج بالضمان»، المتقدّم فى الصفحة ۲۰۱.

(۲) انظر الوسائل ۱۴: ۵۹۱، الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الأحاديث ۲ ۵.

(۳) الوسائل ۱۷: ۳۱۳، الباب ۷ من أبواب الغصب، الحديث الأوّل.

(۴) انظر بداية المجتهد ۲: ۲۳۱، و المغنى لابن قدامة ۵: ۵۰۱.

فالمشهور فيها أيضاً الضمان، و قد عرفت عبارة السرائر المتقدّمة «۱»، و لعلّه لكون المنافع أموالًا فى يد من بيده العين، فهى مقبوضة فى يده؛ و لذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة فى ضمان المستأجر، و يتحقّق قبض الثمن فى السلَم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً، و كذا الدار المجعول سكناها ثمناً، مضافاً إلى أنّه مقتضى احترام مال المسلم؛ إذ كونه فى يد غير مالكه مدّة طويلة من غير اجرةٍ منافٍ للاحترام.

لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالًا حقيقة-: بأنّ مجرّد ذلك لا يكفى فى تحقّق الضمان، إلّا أن يندرج فى عموم «على اليد ما أخذت» «۲»، و لا إشكال «۳» فى عدم شمول صلة الموصول للمنافع، و حصولها فى اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ. و

دعوى: أنّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل فى المنافع بقبض «۴» الأعيان، مشكلة.

و أمّا احترام مال المسلم، فإنّما يقتضى عدم حلّ التصرّف فيه «۵» و إتلافه بلا عوض، و إنّما يتحقّق ذلك فى الاستيفاء.

---

(۱) تقدّمت فى الصفحة ۱۸۰، و إليك نصّها: إنّ البيع الفاسد يجرى عند المحصّلين مجرى الغصب فى الضمان.

(۲) عوالى اللآلى ۱: ۲۲۴، الحديث ۱۰۶.

(۳) فى «ش»: فلا إشكال.

(۴) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى «ف»: «لبعض»، و فى سائر النسخ: لقبض.

(۵) لم ترد «فيه» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۰۵

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح «۱» أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعضٍ آخر «۲» موافق للأصل السليم.

مضافاً إلى أنّه قد يدّعى شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» [له «۳»]. و من المعلوم «۴» أنّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشترى للمنفعة؛ لأنّها له مجّاناً و لا يتقسّط الثمن عليها، و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف، فلا ينافى القاعدة المذكورة؛ لأنّها بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف.

مضافاً إلى الأخبار الواردة فى ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة «۵»، الساكتة من ضمان غيرها فى مقام البيان.

و كذا صحيحة محمّد بن قيس الواردة فى مَن باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها» «۶» و سكت عن المنافع الفائتة، فإنّ عدم الضمان فى هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريقٍ أولى.

---

(۱) إيضاح الفوائد ۲: ۱۹۴.

(۲) نسبه المؤلّف قدّس سرّه إلى بعض من كتب على الشرائع، انظر الصفحة الآتية.

(۳) من مصحّحة «ص».

(۴) فى «ف»: إذ من المعلوم.

(۵) الوسائل ۱۴: ۵۹۱، الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الأحاديث ۲ ۵.

(۶) نفس المصدر، الحديث الأوّل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۰۶

و الإنصاف: أنّ للتوقّف فى المسألة كما فى المسالك «۱» تبعاً للدروس «۲» و التنقيح «۳» مجالًا.

و ربما يظهر من القواعد فى باب الغصب عند التعرّض لأحكام البيع الفاسد-: اختصاص الإشكال و التوقّف بصورة علم البائع «۴» على ما استظهره السيّد العميد «۵» و المحقّق الثانى «۶» من عبارة الكتاب، و عن الفخر: حمل الإشكال فى العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء «۷».

فتحصّل «۸» من ذلك كلّه: أنّ الأقوال فى ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة:

الأوّل: الضمان، و كأنّه للأكثر.

الثانى: عدم الضمان، كما عن الإيضاح.

الثالث: الضمان إلّا مع علم البائع، كما عن بعض مَن كتب على الشرائع «۹».

---

(۱) المسالک ۳: ۱۵۴.

(۲) الدروس ۳: ۱۹۴.

(۳) التنقیح الرائع ۲: ۳۲.

(۴) القواعد ۱: ۲۰۸.

(۵) کنز الفوائد ۱: ۶۷۶.

(۶) جامع المقاصد ۶: ۳۲۴ ۳۲۵.

(۷) إیضاح الفوائد ۲: ۱۹۴.

(۸) کذا فی «ف» و «ص»، و فی «ش» و ظاهر «ن»: «فیتحصّل»، و فی سائر النسخ: «فیحصل».

(۹) لم نقف علیه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۰۷

الرابع: التوقّف فی هذه الصورة، کما استظهره جامع المقاصد و السیّد العمید من عبارة القواعد.

الخامس: التوقّف مطلقاً، کما عن الدروس و التنقیح و المسالک و محتمل القواعد، کما یظهر من فخر الدین.

و قد عرفت أنّ التوقّف أقرب إلی الإنصاف، إلّا أنّ المحکی من التذکرة ما لفظه «۱»: إنّ منافع الأموال من العبید «۲» و الثیاب و العقار و غیرها مضمونة بالتفویت و الفوات تحت الید العادیة، فلو غصب عبداً أو جاریة «۳» أو عقاراً أو حیواناً مملوکاً ضمن منافعه سواء أتلفها بأن استعملها، أو فاتت تحت یده بأن بقیت مدّة فی یده «۴» لا یستعملها عند علمائنا أجمع «۵».

و لا یبعد أن یراد ب «الید العادیة» مقابل الید الحقّة، فیشمل ید المشتری فی ما نحن فیه، خصوصاً مع علمه «۶»، سیّما مع جهل البائع به.

و أظهر منه ما فی السرائر فی آخر باب الإجارة-: من الاتّفاق أیضاً علی ضمان منافع المغصوب الفائتة «۷»، مع قوله فی باب البیع: إنّ

(۱) لم ترد «ما لفظه» فی «ف» و «ش».

(۲) کذا فی «ف» و «ن»، و فی سائر النسخ: العبد.

(۳) فی المصدر زیادة: أو ثوباً.

(۴) فی «ف»: بأن بقیت تحت یده مدّة.

(۵) التذکرة ۲: ۳۸۱.

(۶) کذا فی «ش» و مصحّحة «ن» و «م»، و فی سائر النسخ: غلبته.

(۷) السرائر ۲: ۴۷۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۰۸

البیع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشیء المغصوب إلّا فی ارتفاع الإثم عن إمساکه «۱»، انتهی.

و علی هذا، فالقول بالضمان لا یخلو عن قوّة، و إن کان المترائی من ظاهر صحیحة أبی ولّاد «۲» اختصاص الضمان فی المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلی غیر محلّ الرخصة، إلّا أنّا لم نجد بذلک عاملًا فی المغصوب الذی هو موردها.

(۱) السرائر ۲: ۳۲۶.

(۲) الوسائل ۱۷: ۳۱۳، الباب ۷ من أبواب الغصب، الحدیث الأوّل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۰۹

الرابع إذا تلف المبيع، فإن كان مثليّا وجب مثله

بلا خلاف إلّا ما يحكى عن ظاهر الإسكافى «۱».

و قد اختلف كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى، فالشيخ «۲» و ابن زهرة «۳» و ابن إدريس «۴» و المحقّق «۵» و تلميذه «۶» و العلّامة «۷» و غيرهم «۸» قدّس اللّه أسرارهم، بل المشهور على ما حكى «۹» أنّه: ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة.

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصارى، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ۶ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)؛ ج۳، ص: ۲۰۹

---

(۱) حكاه العلّامة فى المختلف ۶: ۱۳۱، و الشهيد فى غاية المراد: ۱۳۵، و غيرهما.

(۲) المبسوط ۳: ۵۹.

(۳) الغنية: ۲۷۸.

(۴) السرائر ۲: ۴۸۰.

(۵) الشرائع ۳: ۲۳۹.

(۶) و هو الفاضل الآبى فى كشف الرموز ۲: ۳۸۲.

(۷) القواعد ۱: ۲۰۳.

(۸) مثل أبى العباس فى المهذّب البارع ۴: ۲۵۱، و المقتصر: ۳۴۲.

(۹) حكاه الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۰۸، و المحقّق السبزوارى فى الكفاية: ۲۵۷، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ۲: ۳۰۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۱۰

و المراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة. و المراد بتساويها من حيث القيمة: تساويها بالنسبة، بمعنى كون قيمة كلّ بعضٍ بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار؛ و لذا قيل فى توضيحه: إنّ المقدار منه إذا كان يستوى «۱» قيمة «۲»، فنصفه يستوى «۳» نصف تلك القيمة «۴».

و من هنا رجّح الشهيد الثانى كون المصوغ من النقدين قيميّاً، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها «۵».

قلت: و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليّا؛ إذ لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع «۶»، إلّا أن يقال: إنّ الدرهم مثلىّ بالنسبة إلى نوعه. و هو الصحيح؛ و لذا لا يعدّ الجريش مِثلًا للحنطة، و لا الدُّقاقة مِثلًا للأرُزّ.

و من هنا يظهر أنّ كلّ نوعٍ من أنواع الجنس الواحد، بل كلّ

---

(۱) كذا فى النسخ، و لعلّه مصحّف «يسوى» بمعنى: يساوى، لكن عن الأزهرى: أنّ قولهم «يسوى» ليس عربيّاً صحيحاً، انظر المصباح المنير، مادّة: «سوى».

(٢) فى «م» زيادة: معيّنة.

(٣) كذا فى النسخ، و لعلّه مصحّف «يسوى» بمعنى: يساوى، لكن عن الأزهرى: أنّ قولهم «يسوى» ليس عربيّاً صحيحاً، انظر المصباح المنير، مادّة: «سوى».

(٤) قاله الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٣٠٣.

(۵) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٩.

(۶) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى «ف» و مصحّحة «ص»: «نقص قيمة نصفيه عن قيمة المجموع»، و فى سائر النسخ: «نقص قيمة نصفه عن قيمة المجموع».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٢١١

صنفٍ من أصناف نوعٍ واحد مثلىّ بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف.

فلا يرد ما قيل: من أنّه إن أُريد التساوى بالكلّية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرَّف؛ إذ ما من مثلىٍّ إلّا و أجزاؤه مختلفة فى القيمة كالحنطة؛ فإنّ قفيزاً من حنطة «١» يساوى عشرة و من اخرى يساوى عشرين. و إن أُريد التساوى فى الجملة، فهو فى القيمى موجود، كالثوب و الأرض «٢»، انتهى.

و قد لوّح هذا المورد فى آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا: من أنّ كون الحنطة مثليّة معناه: أنّ كلّ صنفٍ منها «٣» متماثل الأجزاء «۴» و متساوٍ «۵» فى القيمة، لا بمعنى أنّ جميع أبعاض هذا النوع متساوية فى القيمة، فإذا كان المضمون بعضاً من صنف، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمة و لا بعض من صنف «۶» آخر «٧».

لكنّ الإنصاف: أنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم؛ فإنّهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما، مع عدم صدق التعريف

---

(١) فى «ف»: الحنطة.

(٢) قاله المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائدة ١٠: ٥٢٢ ٥٢٣.

(٣) فى غير «ش»: منه.

(۴) كذا فى «ن»، و فى «ش»: «لأجزاء»، و فى سائر النسخ: للأجزاء.

(۵) فى غير «ش»: متساوية.

(۶) فى «ف»: الصنف الآخر.

(٧) انظر مجمع الفائدة ١٠: ٥٢۵ ٥٢۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٢١٢

عليه، و إطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثليّةِ أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيداً، إلّا أنّ انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدّاً، إلّا أن يُهملوا خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها، كما التزمه بعضهم «١».

غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيّات عند أداء المثل عوضاً عن التالف، أو القرض، و هذا أبعد.

هذا، مضافاً إلى أنّه يشكل اطّراد التعريف بناءً على هذا، بأنّه:

إن أُريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوياً حقيقيّا، فقلّ ما «٢» يتّفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع؛ لأنّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى فى القيمة؛ لتفاوتها بالخصوصيّات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها، كما لا يخفى.

و إن أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و إن لم يتساو حقيقة، تحقّق ذلك فى أكثر القيميّات؛ فإنّ لنوع الجارية أصنافاً متقاربة فى الصفات الموجبة لتساوى القيمة، و بهذا الاعتبار يصحّ السلَم فيها، و لذا اختار العلّامة فى باب القرض من التذكرة على ما

حكى عنه «۳» أنّ ما يصحّ فيه السلَم من القيميّات مضمون فى القرض بمثله «۴».

---

(۱) لم نقف عليه بعينه، و لعلّه ينظر إلى مـا قاله الشـهيد الثانى و غيره فى المثلى: من أنّ المثل ما يتساوى قيمـة أجزائه، أى أجزاء النوع الواحد منه، انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۰۸، و الكفاية: ۲۵۷ و غيرهما.

(۲) فى مصحّحة «ص»: فإنّه قلّما.

(۳) عبارة «على ما حكى عنه» لم ترد فى «ش»، و شطب عليها فى «ن».

(۴) التذكرة ۲: ۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۱۳

و قـد عـدّ الشـيخ فى المبسوط الرطب و الفواكه من القيميّات «۱»، مع أنّ كلّ نوعٍ منها مشـتمل على أصـناف متقاربـة فى القيمـة، بل متساوية عرفاً.

ثمّ لو فرض أنّ الصـنف المتسـاوى من حيث القيمـة فى الأنواع القيميّـة عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثليّـة، لم يوجب ذلك إصـلاح طرد التعريف. نعم، يوجب ذلك الفرق بين النوعين فى حكمة الحكم بضمان المثلى بالمثل، و القيمى بالقيمة.

ثمّ إنّه قد «۲» عُرِّف المثلى بتعاريف أُخر أعمّ من التعريف المتقدّم أو أخصّ:

فعن التحرير: أنّه ما تماثلت أجزاؤه و تقاربت صفاته «۳».

و عن الدروس و الروضة: أنّه المتساوى الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات «۴»، و عن المسالك و الكفاية: أنّه أقرب التعريفات إلى السلامة «۵».

و عن غاية المراد: ما تساوى أجزاؤه فى الحقيقة النوعية «۶».

---

(۱) المبسوط ۳: ۹۹.

(۲) لم ترد «قد» فى «ف».

(۳) حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۲، و انظر التحرير ۲: ۱۳۹، و فيه: «و يتفاوت صفاته»، و لم نقف على غيره.

(۴) الدروس ۳: ۱۱۳، الروضة البهية ۷: ۳۶.

(۵) المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۰۸، الكفاية: ۲۵۷، و اللفظ للأخير، و حكاه عنهما السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۲.

(۶) غاية المراد: ۱۳۵، و فيه: ما تتساوى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۱۴

و عن بعض العامّة: أنّه ما قدّر بالكيل أو الوزن «۱».

و عن آخر منهم زيادة: جواز بيعه سلماً «۲».

و عن ثالث منهم زيادة: جواز بيع بعضه ببعض «۳»، إلى غير ذلك ممّا حكاه فى التذكرة عن العامّة «۴».

ثمّ «۵» لا يخفى أنّه ليس للفظ «المثلى» حقيقة شرعيّة و لا متشرّعيّة «۶»، و ليس المراد معناه اللغوى؛ إذ المراد بالمثل لغةً: المماثل، فإن أُريد من جميع الجهات فغير منعكس، و إن أُريد من بعضها، فغير مطّرد.

و ليس فى النصوص حكم يتعلّق بهـذا العنوان حتّى يبحث عنه. نعم، وقع هـذا العنوان فى معقـد إجمـاعهم «۷» على أنّ المثلى يضـمن بالمثل، و غيره بالقيمة، و من المعلوم أنّه لا يجوز الاتّكال فى تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقين.

و حينئذٍ فينبغى أن يقال: كلّ ما كان مثلياً باتّفاق المجمعين

(۱) بداية المجتهد ۲: ۳۱۷، و المغنى؛ لابن قدامة ۵: ۲۳۹ ۲۴۰، و المحلّى ۶: ۴۳۷.

(۲) انظر مغنى المحتاج ۲: ۲۸۱.

(۳) لم نقف عليه فى ما بأيدينا من كتب العامّة.

(۴) التذكرة ۲: ۳۸۱.

(۵) فى «ف»: ثمّ إنّه.

(۶) فى النسخ: و لا متشرّعة.

(۷) انظر جامع المقاصد ۶: ۲۴۵، و الرياض ۲: ۳۰۳، و المناهل: ۲۹۹، و مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۱، و الجواهر ۳۷: ۸۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۱۵

فلا إشكال فى ضمانه بالمثل؛ للإجماع، و يبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب و الفضّة الغير المسكوكين، فإنّ صريح الشيخ فى المبسوط كونهما من القيميّات «۱»، و ظاهر غيره «۲» كونهما مثليين، و كذا الحديد و النحاس و الرصاص؛ فإنّ ظواهر عبائر المبسوط «۳» و الغنية «۴» و السرائر «۵» كونها قيميّة.

و عبارة التحرير صريحة فى كون أُصولها مثليّة و إن كان المصوغ منها قيميّاً «۶».

و قد صرّح الشيخ فى المبسوط: بكون الرطب و العنب قيميّاً «۷»، و التمر و الزبيب مثليّا «۸».

و قال فى محكى المختلف: إنّ فى الفرق إشكالًا «۹»، بل صرّح بعض

(۱) المبسوط ۳: ۶۱.

(۲) كالمحقّق فى الشرائع ۳: ۲۴۰، و العلّامة فى التحرير ۲: ۱۳۹، و التذكرة ۲: ۳۸۴، و المختلف ۶: ۱۲۲، و الشهيد فى الدروس ۳: ۱۱۶، و نسبه الشهيد الثانى إلى المشهور، انظر المسالك ۲: ۲۰۹، و مثله فى الكفاية: ۲۵۸.

(۳) المبسوط ۳: ۶۰.

(۴) الغنية: ۲۷۸.

(۵) السرائر ۲: ۴۸۰.

(۶) التحرير ۲: ۱۳۹.

(۷) كذا فى النسخ، و المناسب: «قيميّين»، كما فى مصحّحة «ص»، و هكذا الكلام فى «مثليّا».

(۸) انظر المبسوط ۳: ۹۹ ۱۰۰.

(۹) المختلف ۶: ۱۳۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۱۶

من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليّين «۱».

و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد: أنّ الثوب مثلىّ «۲»، و المشهور خلافه. و أيضاً فقد مثّلوا للمثلى بالحنطة و الشعير «۳»، و لم يعلم أنّ المراد نوعهما أو كلّ صنف؟ و ما المعيار فى الصنف؟ و كذا التمر.

و الحاصل: أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّة فيها كثيرة، فلا بدّ من ملاحظة أنّ الأصل الذى يرجع إليه عند الشكّ هو الضمان بالمثل، أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة؟

و لا يبعد أن يقال: إنّ الأصل هو تخيير الضامن؛ لأصالة براءة ذمّته عمّا زاد على ما يختاره، فإن فُرِض إجماعٌ على خلافه فالأصل تخيير

المالك؛ لأصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» «۴» فإنّ مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيءٍ آخر.

و الأقوى: تخيير المالك من أوّل الأمر؛ لأصالة الاشتغال، و التمسّك بأصالة البراءة لا يخلو من منع.

---

(۱) صرّح به المحقّق القمىّ فى جامع الشتات (الطبعة الحجرية) ۲: ۵۴۳ ۵۴۴.

(۲) حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۹، و انظر جامع المقاصد ۶: ۲۵۰.

(۳) كما فى جامع المقاصد ۶: ۲۴۳، و الروضة البهية ۷: ۳۶، و مجمع الفائدة ۱۰: ۵۲۲.

(۴) عوالى اللآلى ۱: ۲۲۴، الحديث ۱۰۶ و ۳۸۹، الحديث ۲۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۱۷

نعم، يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، و الإجماع على عدم تخيير المالك-: التخيير فى الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعنى: تعيّن المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة و لا للضامن الامتناع، و تعيين «۱» القيمة كذلك، فلا متيقّن فى البين، و لا يمكن البراءة اليقينية عند التشاحّ، فهو من باب تخيير المجتهد فى الفتوى، فتأمّل.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنّ القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان فى المغصوبات و الأمانات المفرّط فيها، و غير ذلك، هو الضمان بالمثل؛ لأنّه أقرب إلى التالف من حيث الماليّة و الصفات، ثمّ بعده قيمة التالف من النقدين و شبههما؛ لأنّهما «۲» أقرب من حيث الماليّة؛ لأنّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما.

و لأجل الاتّكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على موردٍ واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها إلّا ما شذّ و ندر قد أُطلق فيها الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله فى موارد البيان.

و قد استدلّ فى المبسوط «۳» و الخلاف «۴» على ضمان المثلى بالمثل، و القيمى بالقيمة بقوله تعالى فَمَنِ اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ

---

(۱) فى غير «ش»: و بين تعيين.

(۲) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: لأنّه.

(۳) المبسوط ۳: ۶۰.

(۴) الخلاف ۳: ۴۰۲ و ۴۰۶، كتاب الغصب، المسألة ۱۱ و ۱۸.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۱۸

مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ «۱» بتقريب: أنّ مماثل «ما اعتدى» هو المثل فى المثلى، و القيمة فى غيره، و اختصاص الحكم بالمتلف عدواناً «۲» لا يقدح بعد عدم القول بالفصل.

و ربما يناقش فى الآية بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء لا المعتدى به «۳»، و فيه نظر.

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه «۴» بالقول المشهور؛ لأنّ مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية فى الحقيقة و الماليّة، و هذا يقتضى اعتبار المثل حتّى فى القيميّات، سواءً وجد المثل فيها أم لا.

أمّا مع وجود المثل فيها، كما لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف و الآية: إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك و لو بأضعاف قيمته و دفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيمية الثوب لا يقول به، و كذا لو أتلف عليه عبداً و له فى ذمّة المالك بسبب القرض أو السلم عبد موصوف بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر

القهريّ، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبدٍ من عبدين «۵».

(۱) البقرة: ۱۹۴.

(۲) لم ترد «عدواناً» في «ف».

(۳) المناقشة من السيّد الطباطبائي في الرياض ۲: ۳۰۳.

(۴) و هو استظهار الضمان بالمثل عرفاً من إطلاقات أدلّة الضمان في الصفحة السابقة بقوله: و لكن يمكن أن يقال .. إلخ.

(۵) راجع الخلاف ۳: ۲۱۷، كتاب السلم، المسألة ۳۸، و الشرائع ۲: ۱۸، و الدروس ۳: ۲۰۱، و مفتاح الكرامة ۴: ۳۵۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۱۹

نعم، ذهب جماعة منهم الشهيدان في الدروس و المسالك «۱» إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيميّة، لكن لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة ضمان القيمي «۲» بالمثل؛ و لذا اتّفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و إن كان مماثلًا لها من جميع الجهات.

و أمّا مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف، فمقتضى الدليلين «۳» عدم سقوط المثل من الذمّة بالتعذّر، كما لو تعذّر المثل في المثلي، فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي، و لا يقولون به.

و أيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب «۴» إلزام المالك بالمثل؛ لاقتضائهما «۵» اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية، مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض «۶» إلزامه به و إن قوّى خلافه بعض «۷»، بل ربما احتمل جواز دفع

(۱) الدروس ۳: ۳۲۰، المسالك ۳: ۴۴۹.

(۲) كذا في «ش» و «ص» و مصحّحة «خ»، «م»، «ع» و نسخة بدل «ن»، و في «ف»: المثلي، و في «ن»: القيمية.

(۳) أي: الاستظهار العرفي و الآية.

(۴) في شرح الشهيدي: الصواب «الجواز» بدل «الوجوب» كما لا يخفى، انظر هداية الطالب: ۲۳۱.

(۵) كذا في «ش» و مصحّحة «ن» و «خ»، و في سائر النسخ: لاقتضائها.

(۶) انظر مفتاح الكرامة ۶: ۲۵۲، و الجواهر ۳۷: ۹۹.

(۷) قوّاه الشهيد قدّس سرّه في الدروس ۳: ۱۱۳، و لكنّه فيما لو خرج المثلي عن القيمة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۲۰

المثل و لو سقط من القيمة بالكلّية «۱» و إن كان الحقّ خلافه.

فتبيّن: أنّ النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآية عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين و لا يضمن به عند المشهور، كما في المثالين المتقدّمين «۲»، و قد ينعكس الحكم كما في المثال الثالث «۳»، و قد يجتمعان في المضمون به كما في أكثر الأمثلة.

ثمّ إنّ الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحقّقه لا يجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميّاً، ففي موارد الشكّ يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق «۴» و عموم الآية «۵»؛ بناءً على ما هو الحقّ المحقّق: من أنّ العام المخصّص بالمجمل مفهوماً، المتردّد بين الأقلّ و الأكثر لا يخرج عن الحجّية بالنسبة إلى موارد الشكّ.

فحاصل الكلام: أنّ ما أجمع على كونه مثليّا يضمن بالمثل، مع مراعاة الصفات التي تختلف بها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته في

زمان الدفع أو مكانه «۶» عن قيمـة التالف؛ بناءً على تحقّق الإجماع على إهمال هذا التفاوت، مضافاً إلى الخبر الوارد فى أنّ الثابت فى ذمّة من

---

(۱) احتمله العلّامة فى القواعد ۱: ۲۰۴.

(۲) يعنى: مثالى إتلاف الكرباس و إتلاف العبد، المتقدّمين فى الصفحة ۲۱۸.

(۳) هو ما لو فرض نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف نقصاناً فاحشاً.

(۴) تقدّم فى الصفحة ۲۱۷ المشار إليه بقوله: و لكن يمكن أن يقال ..

(۵) المتقدّمة فى الصفحة ۲۱۷ ۲۱۸.

(۶) لم ترد «مكانه» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۲۱

اقترض دراهم «۱» و أسقطها السلطان و روّج غيرها، هى الدراهم الأُولى «۲» «۳».

و ما أجمع على كونه قيميّاً يضـمن بالقيمة بناءً على ما سيجىء من الاتّفاق على ذلك «۴» و إن وجـد مثله أو كان مثله فى ذمّة الضامن «۵».

و ما شكّ فى كونه قيميّاً أو مثلياً يلحق بالمثلى، مع عدم اختلاف قيمتى المدفوع و التالف، و مع الاختلاف الحق بالقيمى، فتأمّل.

---

(۱) كـذا فى «ف»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و نسـخة بـدل «ش»، و فى «ن» و «ش» هكـذا: «فى أنّ اللازم على مَن عليه دراهـم»، و قـال الشهيدى بعد نقل هذه العبارة: هكذا فى النسخ المصحّحة، انظر هداية الطالب: ۲۳۱.

(۲) الوسائل ۱۲: ۴۸۸، الباب ۲۰ من أبواب الصرف، الحديث ۲.

(۳) فى «ن» زيادة: «فتأمّل» استدراكاً، و يشـهد على وجودها فى الأصل أنّ المامقانى و الشـهيدى قدّس سرّهما نقلاها فى شرحهما و علّقا عليها، انظر غاية الآمال: ۳۰۵، و هداية الطالب: ۲۳۱.

(۴) يجىء فى الأمر السابع.

(۵) فى «ش»: فى ذمّة المالك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۲۲

الخامس ذكر فى القواعد: أنّه لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل، ففى وجوب الشراء تردّد

«۱»، انتهى.

أقول: كثرة الثمن إن كـانت لزيـادة القيمـة السوقيّة للمثـل بأن صارت قيمته أضـعاف قيمـة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنّه لا إشـكال فى وجوب الشـراء و لا خلاف، كما صـرّح به فى الخلاف، حيث قال: إذا غصب ما له مثلٌ كالحبوب «۲» و الأدهان فعليه مثل ما تلف فى يده، يشتريه بأىّ ثمنٍ كان، بلا خلاف «۳»، انتهى «۴». و فى المبسوط: يشتريه بأىّ ثمنٍ كان إجماعاً «۵»، انتهى «۶».

---

(۱) القواعد ۱: ۲۰۴.

(۲) كذا فى «ش» و المصدر، و فى «ف» و مصحّحة «ن» و نسخة بدل «ش»: «كاللحوم»، و فى سائر النسخ: الحبوب.

(۳) الخلاف ۳: ۴۱۵، كتاب البيوع، المسألة ۲۹.

(۴) لم ترد «انتهی» فی «ش».

(۵) المبسوط ۳: ۱۰۳.

(۶) عبارة «و فی المبسوط: إلی انتهی» من «ش» و هامش «ن».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۲۳

و وجهه: عموم النصّ و الفتوی بوجوب المثل فی المثلی، و یؤیّده فحوی حکمهم بأنّ تنزّل قیمة المثل حین الدفع عن یوم التلف لا یوجب الانتقال إلی القیمة، بل ربما احتمل بعضهم «۱» ذلک مع سقوط المثل فی زمان الدفع عن المالیّة؛ کالماء علی الشاطئ و الثلج فی الشتاء.

و أمّا إن کان «۲» لأجل تعذّر المثل و عدم وجدانه إلّا عند من یعطیه بأزید ممّا یرغب فیه الناس مع وصف الإعواز، بحیث یعدّ بذل ما یرید «۳» مالکه بإزائه ضرراً عرفاً و الظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة القواعد «۴»؛ لأنّ الثمن فی الصورة الاولی لیس بأزید من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، و إنّما زاد علی ثمن التالف یوم التلف و حینئذ «۵» فیمکن «۶» التردّد فی الصورة الثانیة کما قیل «۷»: من أنّ الموجود بأکثر من ثمن المثل کالمعدوم، کالرقبة فی الکفّارة و الهدی، و أنّه یمکن معاندة البائع و طلب أضعاف القیمة، و هو ضرر.

---

(۱) احتمله العلّامة فی القواعد ۱: ۲۰۴.

(۲) کذا فی النسخ، و المناسب: إن کانت.

(۳) فی بعض النسخ: یزید.

(۴) تقدّمت عبارته فی صدر المسألة.

(۵) فی مصحّحتی «ن» و «ص»: فحینئذٍ.

(۶) فی مصحّحة «ن»: «و یمکن»، و فی مصحّحة «ص»: یمکن.

(۷) قاله العلّامة فی التذکرة ۲: ۳۸۴، و السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۶: ۲۵۴.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۲۴

و «۱» لکنّ الأقوی مع ذلک: وجوب الشراء؛ وفاقاً للتحریر «۲» کما عن الإیضاح «۳» و الدروس «۴» و جامع المقاصد «۵»، بل إطلاق السرائر «۶»، و نفی الخلاف المتقدّم عن الخلاف «۷»؛ لعین ما ذکر فی الصورة الأُولی «۸».

ثمّ إنّه لا فرق فی جواز مطالبة المالک بالمثل بین کونه فی مکان التلف أو غیره، و لا بین کون قیمته «۹» فی مکان المطالبة أزید من قیمته فی مکان التلف، أم لا؛ وفاقاً لظاهر المحکیّ «۱۰» عن السرائر «۱۱» و التذکرة «۱۲» و الإیضاح «۱۳» و الدروس «۱۴» و جامع المقاصد «۱۵».

---

(۱) لم ترد «و» فی «ف».

(۲) التحریر ۲: ۱۳۹.

(۳) إیضاح الفوائد ۲: ۱۷۸.

(۴) الدروس ۳: ۱۱۳.

(۵) جامع المقاصد ۶: ۲۶۰.

(۶) انظر السرائر ۲: ۴۸۰.

(۷) تقدّم فی الصفحة ۲۲۲.

(۸) و هو ما أفاده بقوله: و وجهه عموم النصّ و الفتوى بوجوب المثل في المثلي.

(۹) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص» زيادة: «الأُولى»، إلّا أنّه شطب عليها في «ن».

(۱۰) حكاه عنهم السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ۶: ۲۵۲.

(۱۱) السرائر ۲: ۴۹۰.

(۱۲) التذكرة ۲: ۳۸۳.

(۱۳) إيضاح الفوائد ۲: ۱۷۶.

(۱۴) الدروس ۳: ۱۱۴.

(۱۵) جامع المقاصد ۶: ۲۵۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۲۵

و في السرائر: أنّه الذي يقتضيه عدل الإسلام و الأدلّة و أُصول المذهب «۱»، و هو كذلك؛ لعموم «الناس مسلّطون على أموالهم» «۲».

هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، و أمّا مع تعذّره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة.

---

(۱) انظر السرائر ۲: ۴۹۰ ۴۹۱.

(۲) عوالي اللآلي ۱: ۲۲۲، الحديث ۹۹.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۲۶

السادس لو تعذّر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك؛

اشارة

لأنّ منع المالك ظلم، و إلزام الضامن بالمثل منفيّ بالتعذّر، فوجب القيمة؛ جمعاً بين الحقّين.

مضافاً إلى قوله تعالى فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ «۱» فإنّ الضامن إذا أُلزم بالقيمة مع تعذّر المثل لم يعتد عليه أزيد ممّا اعتدى.

و أمّا مع عدم مطالبة المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة؛ لأنّ المتيقّن أنّ دفع القيمة علاجٌ لمطالبة المالك، و جمعٌ بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة و حقّ الضامن بعدم «۲» تكليفه بالمعذور أو المعسور، أمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل.

و ما ذكرناه «۳» يظهر من المحكيّ عن التذكرة و الإيضاح، حيث ذكرا

---

(۱) البقرة: ۱۹۴.

(۲) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: لعدم.

(۳) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: و ما ذكرنا.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۲۷

في ردّ بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذّر المثل ما لفظه: إنّ المثل لا يسقط بالإعواز، أ لا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان

وجدان المثل ملك المطالبة به؟ و إنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمها «۱»، انتهى.

لكن أطلق كثيرٌ منهم الحكم بالقيمة عند تعذّر المثل، و لعلّهم يريدون صورة المطالبة، و إلّا فلا دليل على الإطلاق.

و يؤيّد ما ذكرنا: أنّ المحكيّ عن الأكثر فى باب القرض: أنّ المعتبر فى المثل «۲» المتعذّر قيمته يوم المطالبة «۳»، نعم عبّر بعضهم بيوم الدفع «۴»، فليتأمّل.

و كيف كان، فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول: المشهور «۵» أنّ العبرة فى قيمة المثل المتعذّر بقيمته يوم الدفع «۶»؛ لأنّ المثل «۷» ثابت فى الذمّة إلى ذلك الزمان، و لا دليل على سقوطه بتعذّره، كما لا يسقط الدّين بتعذّر أدائه.

---

(۱) التذكرة ۲: ۳۸۳، إيضاح الفوائد ۲: ۱۷۵؛ و قوله: «إنّما المصير .. إلخ» ليس فى الإيضاح.

(۲) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: المثلى.

(۳) حكاه السيد المجاهد فى المناهل: ۸ قال بعد نقل أقوال أربعة: لا يبعد أن يقال: إنّ الأحوط هو القول الأوّل؛ لأنّ القائل به أكثر.

(۴) عبّر به العلّامة فى المختلف ۵: ۳۹۲.

(۵) فى غير «ف»: إنّ المشهور.

(۶) وردت العبارة فى «ف» هكذا: إنّ العبرة بقيمة يوم دفع قيمة المثل المتعذّر.

(۷) كذا فى «ف»، «م» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى غيرها: المثلى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۲۸

و قد صرّح بما ذكرنا المحقّق الثانى «۱»، و قد عرفت من التذكرة و الإيضاح ما يدلّ عليه «۲».

و يحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل، و هو للحلّى فى البيع الفاسد «۳»، و للتحرير فى باب القرض «۴»، و محكيّ «۵» عن المسالك «۶»؛ لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة.

و يضعّفه: أنّه إن أُريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمّة إلى القيمة فى ذلك الوقت، فلا دليل عليه، و إن أُريد عدم وجوب إسقاط ما فى الذمّة إلّا بالقيمة، فوجوب الإسقاط بها و إن حدث يوم التعذّر مع المطالبة، إلّا أنّه لو أخّر الإسقاط بقى المثل فى الذمّة إلى تحقّق الإسقاط، و إسقاطه فى كلّ زمانٍ بأداء قيمته فى ذلك الزمان، و ليس فى الزمان الثانى مكلّفاً بما صدق عليه الإسقاط فى الزمان الأوّل.

هذا، و لكن لو استندنا فى لزوم القيمة فى المسألة إلى ما تقدّم سابقاً: من الآية «۷»، و من أنّ المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذّر المثل، توجّه القول

---

(۱) جامع المقاصد ۶: ۲۴۵ و ۲۵۵.

(۲) راجع الصفحة السابقة.

(۳) السرائر ۲: ۲۸۵.

(۴) تحرير الأحكام ۱: ۲۰۰.

(۵) فى «ف» و «ن»: حكى.

(۶) المسالك ۳: ۱۷۴.

(۷) المتقدّمة فى الصفحة ۲۲۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۲۹

بصيرورة التالف قيميّاً بمجرّد تعذّر المثل؛ إذ لا فرق فى تعذّر المثل بين تحقّقه ابتداء كما فى القيميّات، و بين طروّه بعد التمكّن، كما

فی ما نحن فیه.

و دعوی: اختصاص الآیة و إطلاقات الضمان بالحکم بالقیمة بتعذّر المثل ابتداء، لا یخلو عن تحکّم.

ثمّ إنّ فی المسألة احتمالات أُخر، ذکر أکثرها فی القواعد «۱»، و قوّی بعضها فی الإیضاح «۲»، و بعضها بعض الشافعیة «۳».

و حاصل جمیع الاحتمالات فی المسألة مع مبانیها «۴»، أنّه:

إمّا أن نقول باستقرار المثل فی الذمّة إلی أوان الفراغ منه بدفع القیمة، و هو الذی اخترناه تبعاً للأکثر من اعتبار القیمة عند الإقباض، و ذکره فی القواعد خامس الاحتمالات.

و إمّا أن نقول بصیرورته قیمیّاً عند الإعواز، فإذا صار کذلک، فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ فی الذمّة قیمیّ، فتکون القیمیّة صفة للمثل بمعنی أنّه لو تلف وجب قیمته.

و إمّا أن نقول: إنّ المغصوب انقلب قیمیّاً بعد أن کان مثلیّا.

فإن قلنا بالأوّل، فإن جعلنا الاعتبار فی القیمیّ بیوم التلف کما

---

(۱) قواعد الأحکام ۱: ۲۰۳ ۲۰۴.

(۲) إیضاح الفوائد ۲: ۱۷۵.

(۳) قال النووی: و الأصحّ أنّ المعتبر أقصی قیمةٍ من وقت الغصب إلی تعذّر المثل. مغنی المحتاج ۲: ۲۸۳، و انظر التذکرة ۲: ۳۸۳.

(۴) کذا فی «ف» و «ش»، و فی غیرهما: بیانها.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۳۰

هو أحد الأقوال کان المتعیّن قیمة المثل یوم الإعواز، کما صرّح به فی السرائر فی البیع الفاسد «۱»، و التحریر فی باب القرض «۲»؛ لأنّه یوم تلف القیمیّ.

و إن جعلنا الاعتبار فیه بزمان الضمان کما هو القول الآخر فی القیمیّ کان المتّجه اعتبار زمان تلف العین؛ لأنّه أوّل أزمنة وجوب المثل فی الذمّة المستلزم لضمانه بقیمته عند تلفه، و هذا مبنیّ علی القول بالاعتبار فی القیمیّ بوقت الغصب کما عن الأکثر «۳».

و إن جعلنا الاعتبار فیه بأعلی القیم من زمان الضمان إلی زمان التلف کما حکی عن جماعة من القدماء فی الغصب «۴» کان المتّجه الاعتبار بأعلی القیم من یوم تلف العین إلی زمان الإعواز، و ذکر هذا الوجه فی القواعد ثانی الاحتمالات «۵».

و إن قلنا: إنّ التالف انقلب قیمیّاً، احتمل الاعتبار بیوم الغصب کما فی القیمیّ المغصوب و الاعتبار بالأعلی منه إلی «۶» یوم التلف، و ذکر هذا أوّل الاحتمالات فی القواعد «۷».

---

(۱) السرائر ۲: ۲۸۵.

(۲) تحریر الأحکام ۱: ۲۰۰.

(۳) نسبه إلی الأکثر المحقّق فی الشرائع ۳: ۲۴۰، و العلّامة فی التحریر ۲: ۱۳۹.

(۴) منهم: الشیخ فی المبسوط ۳: ۷۲، و ابن حمزة فی الوسیلة: ۲۷۶، و ابن زهرة فی الغنیة: ۲۷۹ و غیرهم، انظر مفتاح الکرامة ۶: ۲۴۴.

(۵) القواعد ۱: ۲۰۳.

(۶) فی «ف» بدل «إلی»: لا.

(۷) القواعد ۱: ۲۰۳ ۲۰۴.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۳۱

و إن قلنا: إنّ المشترك بين العين و المثل صار قيميّاً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذّر المثل؛ لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إمّا للعين و إمّا للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف، و هذا ذكره فى القواعد ثالث الاحتمالات «۱».

و احتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل «۲»، و وجّهه فى محكيّ التذكرة و الإيضاح: بأنّ المثل لا يسقط بالإعواز، قالا: أ لا ترى أنّه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، استحقّه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها «۳». و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

و حاصله: أنّ وجوب دفع قيمة المثل «۴» يعتبر «۵» من زمن وجوبه أو «۶» وجوب مبدله أعنى العين فيجب أعلى القيم منها، فافهم.

---

(۱) القواعد ۱: ۲۰۳ ۲۰۴.

(۲) فى مصحّحة «ن»: إلى دفع قيمة المثل. قال الشهيدى قدّس سرّه: و جعله فى القواعد رابع الاحتمالات؛ فإنّه قال: «الرابع: أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة»، انتهى. و منه يُعلم أنّ الصواب فى عبارة المصنّف أن يقول: «إلى دفع القيمة» بدل «إلى دفع المثل»، و على تقدير صحّة النسخة فلا بدّ من الالتزام بتقدير القيمة مضافة إلى المثل، يعنى: دفع قيمة المثل المفروض تعذّره. انظر هداية الطالب: ۲۳۴.

(۳) التذكرة ۱: ۳۸۳، إيضاح الفوائد ۲: ۱۷۵.

(۴) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى غيرها: «المثلى».

(۵) لم ترد «يعتبر» فى «ف».

(۶) فى «ش» بدل «أو»: إلى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۳۲

إذا عرفت هذا، فاعلم: أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل فى المثلى هو أنّه مع تعذّر المثل لا يسقط المثل عن الذمّة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبرة بالقيمة إلّا يوم الإسقاط و تفريغ الذمّة.

و أمّا بناءً على ما ذكرنا «۱» من أنّ المتبادر من أدلّة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدّماً مع تيسّره، و مع تعذّره ابتداءً كما فى القيمى، أو بعد التمكّن كما فيما نحن فيه، كان المتعيّن هو القيمة، فالقيمة قيمة للمغصوب من حين «۲» صار قيميّاً، و هو حال الإعواز، فحال الإعواز معتبر من حيث أنّه أوّل أزمنة صيرورة التالف قيميّاً، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين، فعلى القول باعتبار يوم التلف فى القيمى توجّه ما اختاره الحلّى رحمه اللّه «۳».

و لو قلنا بضمان القيمى بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كما عليه جماعة من القدماء «۴» توجّه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز؛ إذ «۵» كما أنّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذّر أدائه «۶» المتدارك لارتفاع القيم،

---

(۱) ذكره فى الصفحة ۲۲۸.

(۲) فى «ف»: من حيث.

(۳) و هو ثمن المثل يوم الإعواز، راجع السرائر ۲: ۲۸۵.

(۴) تقدّم التخريج عنهم فى الصفحة ۲۳۰، الهامش رقم ۴.

(۵) لم ترد «إذ» فى «ف»، و وردت فى مصحّحة «ن» و «م».

(۶) في «ص» و مصحّحة «ن»: أدائها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۳۳

كذلك «۱» بشرط «۲» تعذّر المثل فى المثلى؛ إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية، و حيث «۳» كانت العين فيما نحن فيه مثلية «۴» كان أداء مثلها عند تلفها كردّ عينها «۵» فى إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنّما يحصل بتلف العين و المثل.

فإن قلنا: إنّ تعذّر المثل يسقط المثل «۶» كما أنّ تلف العين يسقط العين توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز، و هو أصحّ الاحتمالات فى المسألة عند الشافعية على ما قيل «۷».

و إن قلنا: إنّ تعذّر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين، كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذّر المثل أيضاً مضموناً، فيتوجّه ضمان القيمة من

---

(۱) عبارة «بشرط تعذّر أدائه المتدارك لارتفاع القيم كذلك» لم ترد فى «ف»، و كتب عليها فى «ن»: زائد، و ورد فى هامشها تصحيحاً العبارة التالية: «عند التلف فى القيمى، كذلك ارتفاع القيمة مع بقاء العين أو المثل مضمون بشرط .. نسخة».

و وردت هذه العبارة فى نسخة بدل «ش» أيضاً.

(۲) فى «ص»: يشترط.

(۳) فى «ف»: «فحيث».

(۴) كذا فى «ص»، و فى غيرها: مثليّا.

(۵) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: أداء مثله عند تلفه كردّ عينه.

(۶) فى غير «ف» زيادة: «كما إنّ تلف العين يسقط المثل»، و لكن شطب عليها فى غير «ش».

(۷) قاله العلّامة فى التذكرة ۲: ۳۸۳، و انظر مغنى المحتاج ۲: ۲۸۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۳۴

حين الغصب إلى حين دفع القيمة، و هو المحكيّ عن الإيضاح «۱»، و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم ردّ العين أو المثل.

ثمّ اعلم: أنّ العلّامة ذكر فى عنوان هذه الاحتمالات: أنّه لو تلف المثلى و المثل موجود ثمّ أعوز «۲»، و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ «۳» تعذّر المثل بعد تيسّره «۴» فى بعض أزمنة التلف، لا ما تعذّر فيه المثل ابتداءً.

و عن جامع المقاصد: أنّه يتعيّن حينئذٍ قيمته «۵» يوم التلف «۶»، و لعلّه لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه فى وقت من الأوقات.

و يمكن أن يخدش فيه: بأنّ التمكّن من المثل ليس بشرط لحدوثه فى الذمّة ابتداءً، كما لا يشترط فى استقراره استدامة «۷» على ما اعترف به «۸» مع طروّ التعذّر بعد التلف؛ و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل فى باب القرض.

---

(۱) إيضاح الفوائد ۲: ۱۷۵.

(۲) انظر القواعد ۱: ۲۰۳.

(۳) العبارة فى «ف» هكذا: «بما طرأ فيه».

(۴) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: بعد وجود المثل.

(۵) كذا فى «ف»، و فى غيرها: قيمة.

(۶) جامع المقاصد ۶: ۲۵۲.

(۷) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: استدامته.

(۸) انظر جامع المقاصد ۶: ۲۵۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۳۵

و بالجملة، فاشتغال الذمّة بالمثل إن قيّد بالتمكّن لزم الحكم بارتفاعه بطروّ التعذّر، و إلّا لزم الحكم بحدوثه مع التعذّر من أوّل الأمر، إلّا أن يقول «۱»: إنّ أدلّة وجوب المثل ظاهرة فى صورة التمكّن و إن لم يكن مشروطاً به عقلًا، فلا تعمّ صورة العجز.

نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيميّاً.

و قد يقال على المحقّق المذكور: إنّ اللازم ممّا ذكره «۲» أنّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة، و لا أظنّ أحداً يلتزمه، و فيه تأمّل.

ثمّ إنّ المحكيّ عن التذكرة: أنّ المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد فى البلد و ما «۳» حوله «۴».

و زاد فى المسالك قوله: ممّا ينقل عادة منه إليه، كما ذكروا فى انقطاع المسْلَم فيه «۵».

و عن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف «۶».

و يمكن أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس «۷»

---

(۱) فى «ش»: أن يقال.

(۲) فى «ف»: ممّا ذكر.

(۳) فى «ف»: و لا ما.

(۴) التذكرة ۲: ۳۸۳.

(۵) المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۰۸.

(۶) جامع المقاصد ۶: ۲۴۵.

(۷) يدلّ عليه ما فى الوسائل ۱۷: ۳۰۸، الباب الأوّل من أبواب الغصب، و مستدرك الوسائل ۱۷: ۸۷، الباب الأوّل من أبواب الغصب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۳۶

و تسليطهم على أموالهم «۱» أعياناً كانت أم فى الذمّة «۲»-: وجوب تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين أينما كانت و لو كانت فى تحصيله مئونة كثيرة، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأىّ ثمنٍ كان، و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة «۳».

نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد، كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معبّرٍ بالإعواز و معبّرٍ بالتعذّر، كان المتيقّن الرجوع إلى الأخصّ و هو التعذّر «۴»؛ لأنّه المجمع عليه.

نعم، ورد فى بعض أخبار السلم: أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخيّر المشترى «۵».

و من المعلوم: أنّ المراد بعدم القدرة ليس التعذّر العقلى المتوقّف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

ثمّ، إنّ فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالًا؛ من حيث إنّ العبرة بفرض وجوده و لو فى غاية العزّة كالفاكهة فى أوّل زمانها أو آخره أو وجود المتوسّط؟ الظاهر هو الأوّل، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب فى بيعه و شرائه، فلا عبرة بفرض وجوده عند من

---

(۱) عوالى اللآلى ۱: ۲۲۲، الحديث ۹۹.

(۲) فى «ف»: الذمم.

(٣) التذكرة ٢: ٣٨٣.

(۴) كذا فى «ف» ظاهراً، و فى سائر النسخ: المتعذّر.

(۵) راجع الوسائل ١٣: ۶٩، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٧ و غيره.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٢٣٧

يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلّا إذا بذل له عوض لا يبذله «١» الراغبون فى هذا الجنس بمقتضى «٢» رغبتهم. نعم «٣»، لو الجئ إلى شرائه لغرضٍ آخر بذل ذلك، كما لو فرض الجَمد فى الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه إلّا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل و شبهها، فإنّ الراغب فى الجَمد فى العراق من حيث إنّه راغب لا ـ يبذل هذا العوض بإزائه، و إنّما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلًا، أو معالجة مشرف على الهلاك به، و نحو ذلك من الأغراض؛ و لذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح فى صدق التعذّر كما ذكرنا فى المسألة الخامسة «۴».

فكلّ موجود لا يقدح وجوده فى صدق التعذّر فلا عبرة بفرض وجوده فى التقويم عند عدمه.

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكّنه و لو كان فى غير بلد الضمان و كان قيمة المثل هناك أزيد «۵»، و أمّا مع تعذّره و كون قيمة المثل فى بلد التلف مخالفاً لها فى بلد المطالبة، فهل له المطالبة بأعلى القيمتين، أم يتعيّن قيمة بلد المطالبة، أم بلد التلف؟ وجوه.

و فصّل الشيخ فى المبسوط فى باب الغصب-: بأنّه إن لم يكن فى نقله مئونة كالنقدين فله المطالبة بالمثل، سواء أ كانت القيمتان

---

(١) فى «ش»: لا يبذل.

(٢) فى «ف» بدل «بمقتضى»: بمقدار.

(٣) كذا فى «ف»، «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: ثمّ.

(۴) راجع الصفحة ٢٢٣.

(۵) راجع الصفحة ٢٢۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٢٣٨

مختلفتين أم لا ـ و إن كان فى نقله مئونة، فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً؛ لأنّه لا ضرر عليه فى ذلك، و إلّا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتّى يوفّيه بذلك البلد، ثمّ قال: إنّ الكلام فى القرض كالكلام فى الغصب «١».

و حكى نحو هذا عن القاضى أيضاً «٢»، فتدبّر.

و يمكن أن يقال: إنّ الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الإطلاق لانصراف العقد إليه، و ليس فى باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف.

بقى الكلام فى أنّه هل يعدّ مِن تعذّر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا أتلفه فى مفازة، و الجَمد فى الشتاء إذا أتلفه فى الصيف أم لا؟ الأقوى بل المتعيّن هو الأوّل، بل حكى عن بعض نسبته إلى الأصحاب و غيرهم «٣».

و المصرّح به فى محكىّ التذكرة «۴» و الإيضاح «۵» و الدروس «۶»: قيمة المثل فى تلك المفازة، و يحتمل آخر مكان أو زمانٍ سقط المثل فيه «٧» عن المالية.

---

(١) المبسوط ٣: ٧۶.

(٢) المهذّب ١: ۴۴٣.

(۳) حكاه السيّد العاملی فی مفتاح الكرامة ۶: ۲۵۲ عن جامع المقاصد ۶: ۲۵۸.

(۴) التذكرة ۲: ۳۸۴.

(۵) إيضاح الفوائد ۲: ۱۷۷.

(۶) الدروس ۳: ۱۱۳.

(۷) فی «ش»: به.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۳۹

«فرع» [لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة]

لو دفع القيمة فی المثلی «۱» المتعذّر مثله ثم تمكّن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل فی ذمّته؛ وفاقاً للعلّامة رحمه اللّه «۲» و مَن تأخّر عنه «۳» ممّن تعرّض للمسألة؛ لأنّ المثل كان ديناً فی الذمّة سقط بأداء عوضه مع التراضی فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده. هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمّة بالإعواز، و أمّا على القول بسقوطه و انقلابه قيميّاً، فإن قلنا: بأنّ المغصوب انقلب قيميّاً عند تعذّر مثله، فأولى بالسقوط؛ لأنّ المدفوع نفس ما فی الذمّة.

و إن قلنا: بأنّ «۴» المثل بتعذّره النازل منزلة التلف صار قيميّاً، احتمل وجوب المثل عند وجوده؛ لأنّ القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتی أنّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة «۵».

---

(۱) كذا فی «ف» و «ن»، و فی سائر النسخ: المثل.

(۲) القواعد ۱: ۲۰۴، و التذكرة ۲: ۳۸۴.

(۳) مثل الشهيد فی الدروس ۳: ۱۱۳، و المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ۶: ۲۵۵ ۲۵۶، و الشهيد الثانی فی المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۰۸ و غيرهم.

(۴) كذا فی «ف»، و فی غيرها: إنّ.

(۵) يأتی فی الصفحة ۲۶۷، عند قوله: «ثمّ إنّه لا إشكال فی أنّه إذا ارتفع تعذّر ردّ العين و صار ممكناً وجب ردّها إلى مالكها».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۴۰

السابع لو كان التالف المبيع فاسداً قيميّاً،

[ضمان القيمی بالقيمة فی المقبوض بالعقد الفاسد، و الدليل عليه]

فقد حكی: الاتّفاق على كونه مضموناً بالقيمة «۱»، و يدلّ عليه: الأخبار المتفرّقة فی كثيرٍ من القيميّات «۲»، فلا حاجة إلى التمسّك بصحيحة أبی ولّاد الآتية فی ضمان البغل «۳»، و لا بقوله عليه السلام: «مَن أعتق شقصاً من عبدٍ قُوِّم عليه» «۴» بل الأخبار

---

(۱) لم نعثر على حكاية الاتّفاق، نعم استظهر السيّد المجاهد عدم الخلاف بين الأصحاب، راجع المناهل: ۲۹۸.

(۲) انظر الوسائل ۱۷: ۳۷۲، الباب ۲۳ من أبواب اللقطة، الحديث الأوّل، و ۱۸: ۵۳۸، الباب ۳ من أبواب الحدود و التعزيرات، الحديث

الأوّل.

(۳) تأتى فى الصفحة ۲۴۶ ۲۴۷.

(۴) رواه ابن أبى جمهور فى عوالى اللآلى عن النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم مع اختلافٍ فى اللفظ، انظر عوالى اللآلى ۳: ۴۲۷، الحديث ۲۴، و عنه فى مستدرك الوسائل ۱۵: ۴۶۱، الباب ۱۶ من أبواب العتق، الحديث ۵، و لفظ الحديث موجود فى الغنية: ۲۷۹.

كثيرة «۱»، بل قد عرفت «۲» أنّ مقتضى إطلاق أدلّة الضمان فى القيميّات هو ذلك بحسب المتعارف، إلّا أنّ المتيقّن من هذا المتعارف «۳» ما كان المثل فيه متعذّراً، بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة فى خصوص بعض القيميّات كالبغل و العبد و نحوهما «۴» لصورة تعذّر المثل، كما هو الغالب.

فالمرجع فى وجوب القيمة فى القيمى و إن فرض تيسّر المثل له كما فى مَن أتلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، و كما لو أتلف عليه ذراعاً من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت فى أجزائه أصلًا هو الإجماع، كما يستظهر.

و على تقديره، ففى شموله لصورة تيسّر المثل من جميع الجهات تأمّل، خصوصاً مع الاستدلال عليه كما «۵» فى الخلاف «۶» و غيره «۷» بقوله تعالى فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ «۸»؛ بناءً على أنّ القيمة

(۱) انظر الوسائل ۱۶: ۲۰ ۲۱، الباب ۱۸ من أبواب العتق، الأحاديث ۱، ۴، ۵، ۹ و ۱۰ و غيرها.

(۲) فى الصفحة ۲۲۸.

(۳) فى «ف»: من التعارف.

(۴) تقدّمت الإشارة إلى مواردها فى الصفحة السابقة.

(۵) لم ترد «كما» فى «ف».

(۶) الخلاف ۳: ۴۰۲، كتاب الغصب، المسألة ۱۱، و ۴۰۶، المسألة ۱۸.

(۷) مثل السرائر ۲: ۴۸۰، و التذكرة ۲: ۳۸۳.

(۸) البقرة: ۱۹۴.

مماثلة «۱» للتالف فى المالية، فإنّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذّر المثل.

و كيف كان، فقد حكى الخلاف فى ذلك عن الإسكافى «۲»، و عن الشيخ و المحقّق فى الخلاف و الشرائع فى باب القرض «۳».

فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتّى مع تعذّر المثل فيكون القيمة عندهم بدلًا عن المثل حتّى يترتّب عليه وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكروا ذلك احتمالًا فى مسألة تعيّن القيمة «۴» متفرّعاً على هذا القول فيردّه إطلاقات «۵» الروايات الكثيرة فى موارد كثيرة:

منها: صحيحة أبى ولّاد الآتية «۶».

و منها: رواية تقويم العبد «۷».

و منها: ما دلّ على أنّه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمّته «۸»

(۱) كذا فى مصحّحة «ص»، و فى غيرها: مماثل.

(۲) حكى عنه و عن ظاهر الشيخ و المحقّق، السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۳.

(۳) الخلاف ۳: ۱۷۵، کتاب البیوع، المسألة ۲۸۷. و الشرائع ۲: ۶۸، لکنّه استحسن ضمان المثل بعد أن أفتی بضمان القیمة.

(۴) انظر مفتاح الکرامة ۶: ۲۴۳، و الجواهر ۲۵: ۲۰.

(۵) فی «ف»، «ن»، «خ» و «م»: إطلاق.

(۶) یأتی فی الصفحة ۲۴۶ ۲۴۷.

(۷) المراد بها ظاهراً ما تقدّم فی الصفحة ۲۴۰ من قوله علیه السلام: «مَن أعتق شقصاً من عبد قُوّم علیه».

(۸) فی «ن» و «ش»: دینه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۴۳

بحساب ذلک «۱»، فلولا ضمان التالف بالقیمة لم یکن وجه لسقوط الدین بمجرّد ضمان التالف.

و منها: غیر ذلک من الأخبار الکثیرة «۲».

و إن أرادوا أنّه مع تیسّر المثل یجب المثل لم یکن بعیداً؛ نظراً إلی ظاهر آیة الاعتداء «۳» و نفی الضرر «۴»؛ لأنّ خصوصیات الحقائق قد تقصد، اللّهم إلّا أن یحقّق إجماع علی خلافه و لو من جهة أنّ ظاهر کلمات هؤلاء «۵» إطلاق القول بضمان المثل، فیکون الفصل بین التیسّر و عدمه قولًا ثالثاً فی المسألة.

[ما هو المعیار فی تعیین القیمة فی المقبوض بالعقد الفاسد؟]

ثمّ إنّهم اختلفوا فی تعیین القیمة فی المقبوض بالبیع الفاسد.

فالمحکیّ فی غایة المراد «۶» عن الشیخین و أتباعهما: تعیّن قیمة یوم التلف، و عن الدروس «۷» و الروضة «۸» نسبته إلی الأکثر.

و الوجه فیه علی ما نبّه علیه جماعة، منهم العلّامة فی التحریر «۹»-: أنّ الانتقال إلی البدل إنّما هو یوم التلف؛ إذ الواجب قبله

---

(۱) انظر الوسائل ۱۳: ۱۲۹، الباب ۷ من أبواب أحکام الرهن.

(۲) المشار إلیها فی هامش الصفحة ۲۴۱.

(۳) البقرة: ۱۹۴.

(۴) انظر الوسائل ۱۷: ۳۴۰، الباب ۱۲ من أبواب إحیاء الموات.

(۵) یعنی الإسکافی و الشیخ و المحقّق قدّس سرّهم.

(۶) غایة المراد: ۸۵.

(۷) الدروس ۳: ۱۱۳.

(۸) الروضة البهیة ۷: ۴۱، و انظر الجواهر ۳۷: ۱۰۵.

(۹) التحریر ۲: ۱۳۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۴۴

هو ردّ العین.

و ربما یورد «۱» علیه: أنّ یوم التلف یوم الانتقال إلی القیمة، أمّا کون المنتقل إلیها قیمة یوم التلف فلا.

و یدفع: بأنّ معنی ضمان العین عند قبضه: کونه فی عهدته، و معنی ذلک وجوب تدارکه ببدله عند التلف، حتّی یکون عند التلف «۲» کأنه لم یتلف، و تدارکه «۳» علی هذا النحو بالتزام مال معادل له [قائم] «۴» مقامه.

[الأصل فی ضمان التالف: ضمانه بقیمته یوم التلف]

و ممّا ذکرنا ظهر أنّ الأصل فی ضمان التالف: ضمانه بقیمته یوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلک «۵» مثلًا فبدلیل من «۶» خارج.

[الاستدلال بصحیحة أبی ولاد علی أن العبرة بقیمة یوم الضمان]

اشارة

نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلّی فی هذا المقام: من دعوی الاتّفاق علی کون البیع «۷» فاسداً بمنزلة المغصوب إلّا فی ارتفاع الإثم «۸»، ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فیه حکم مخالف لهذا الأصل، بل یمکن أن یقال: إذا ثبت فی المغصوب الاعتبار بقیمة یوم الغصب کما هو ظاهر صحیحة

(۱) لم نعثر علی المورد، نعم أورده فی المناهل: ۲۹۸ بلفظ: «و لا یقال».

(۲) عبارة «حتّی یکون عند التلف» لم ترد فی «ف».

(۳) فی «ن»، «م»، «ع» و «ص» و نسخة بدل «خ» زیادة: «ببدله»، و لکن شطب علیها فی «ن».

(۴) من «ش» فقط.

(۵) لم یرد «من ذلک» فی «ف».

(۶) کلمة «من» لم ترد فی غیر «ف».

(۷) فی «ص» و مصحّحة «ن»: المبیع.

(۸) تقدّم فی الصفحة ۲۰۷ ۲۰۸.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۴۵

أبی ولّاد الآتیة کشف ذلک عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قیمة یوم التلف؛ إذ یلزم حینئذٍ أن یکون المغصوب عند کون قیمته یوم التلف أضعاف ما کانت یوم الغصب غیر واجب التدارک عند التلف؛ لما ذکرنا من أنّ معنی التدارک التزام «۱» بقیمته یوم وجوب التدارک.

نعم، لو فرض دلالة الصحیحة علی وجوب أعلی القیم، أمکن جعل التزام الغاصب بالزائد علی مقتضی التدارک مؤاخذة له بأشقّ الأحوال.

فالمهمّ حینئذٍ صرف الکلام إلی معنی الصحیحة بعد ذکرها؛ لیلحق به البیع الفاسد، إمّا لما ادّعاه الحلّی «۲»، و إمّا لکشف الصحیحة عن معنی التدارک و الغرامة فی المضمونات، و کون العبرة فی جمیعها بیوم الضمان، کما هو أحد الأقوال فیما نحن فیه من البیع الفاسد.

و حیث إنّ الصحیحة مشتملة علی أحکام کثیرة و فوائد خطیرة، فلا بأس بذکرها جمیعاً و إن کان الغرض متعلّقاً ببعضها.

فروی «۳» الشیخ فی الصحیح عن أبی ولّاد، قال: اکتریت بغلًا إلی قصر بنی هبیرة «۴» ذاهباً و جائیاً بکذا و کذا، و خرجت فی طلب غریمٍ

(۱) کذا فی النسخ، و المناسب: «الالتزام»، کما فی مصحّحة «ص».

(۲) راجع الصفحة السابقة.

(۳) لمّا کانت النسخ مختلفة اختلافاً کثیراً فی نقل الروایة، آثرنا نقلها من التهذیب.

(۴) الوسائل: «قصر ابن هبیرة»، و هو الموافق لما فی معجم البلدان ۴: ۳۶۵.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۴۶

لی، فلمّا صرت إلی قرب قنطرة الکوفة خُبّرت أنّ صاحبی توجّه إلی النیل «۱»، فتوجّهت نحو النیل، فلمّا أتیت النیل خُبّرت أنّه توجّه إلی بغداد، فأتبعته فظفرت به و فرغت فیما بینی و بینه، و رجعت إلی الکوفة، و کان ذهابی و مجیئی خمسة عشر یوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذری، و أردت أن أتحلّل منه فیما صنعت و أُرضیه، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبی أن یقبل، فتراضینا بأبی حنیفة، و أخبرته بالقصّة و أخبره الرجل، فقال لی: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد رجعته سلیماً. قال: نعم، بعد خمسة عشر یوماً! قال: فما ترید من الرجل؟ قال: أُرید کری بغلی فقد حبسه علیّ خمسة عشر یوماً. فقال: إنّی ما أری لک حقّا؛ لأنّه اکتراه إلی قصر بنی هبیرة فخالف فرکبه إلی النیل و إلی بغداد، فضمن قیمة البغل و سقط الکری، فلمّا ردّ البغل سلیماً و قبضته لم یلزمه الکری. قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل یسترجع، فرحمته ممّا أفتی به أبو حنیفة، و أعطیته شیئاً و تحلّلت منه، و حججت تلک السنة فأخبرت أبا عبد اللّه علیه السلام بما أفتی به أبو حنیفة، فقال: فی مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءَها و تمنع الأرض برکتها. قال: فقلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: فما تری أنت؟ قال: أری له علیک مثل کری البغل ذاهباً من الکوفة إلی النیل و مثل کری البغل من النیل إلی بغداد، و مثل کری البغل من بغداد إلی الکوفة، و توفّیه إیّاه. قال: قلت: جُعلت فداک، قد علفته بدراهم، فلی علیه علفه؟ قال: لا؛ لأنّک غاصب. فقلت: أ رأیت لو عطب البغل أو أنفق، أ لیس کان یلزمنی؟

(۱) سوف یأتی توضیحه فی هامش الصفحة ۳۶۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۴۷

قال: نعم، قیمة بغل یوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل کسر أو دَبر أو عقر؟ فقال: علیک قیمة ما بین الصحّة و العیب یوم تردّه علیه. قلت: فمَن یعرف ذلک؟ قال: أنت و هو، إمّا أن یحلف هو علی القیمة فیلزمک، فإن ردّ الیمین علیک فحلفت علی القیمة لزمک ذلک، أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون أنّ قیمة البغل حین اکتری کذا و کذا فیلزمک. قلت: إنّی أعطیته دراهم و رضی بها و حلّلنی. قال: إنّما رضی فأحلّک حین قضی علیه أبو حنیفة بالجور و الظلم، و لکن ارجع إلیه و أخبره بما أفتیتک به، فإن جعلک فی حلٍّ بعد معرفته فلا شیء علیک بعد ذلک .. الخبر» «۱».

و محلّ الاستشهاد فیه فِقْرتان:

الاولی: قوله: «نعم، قیمة بغل یوم خالفته» إلی ما بعد،

فإنّ الظاهر أنّ الیوم قید للقیمة، إمّا بإضافة القیمة المضافة إلی البغل إلیه ثانیاً، یعنی قیمة یوم المخالفة للبغل، فیکون إسقاط حرف التعریف من البغل للإضافة، لا لأنّ ذا القیمة بغل غیر معیّن، حتّی توهم الروایة مذهب مَن جعل القیمی مضموناً بالمثل، و القیمة إنّما هی قیمة المثل. و إمّا بجعل الیوم قیداً للاختصاص الحاصل من إضافة القیمة إلی البغل.

و أمّا ما احتمله جماعة «۲» من تعلّق الظرف بقوله: «نعم» القائم

(۱) التهذیب ۷: ۲۱۵، الحدیث ۹۴۳، و أورده فی الوسائل ۱۳: ۲۵۵، الباب ۱۷ من أبواب الإجارة، الحدیث الأوّل، عن الکافی.

(۲) منهم: السیّد العاملی فی مفتاح الکرامهٔ ۶: ۲۴۴، و المحقّق النراقی فی المستند ۲: ۳۶۸، و صاحب الجواهر فی الجواهر ۳۷: ۱۰۱ .۱۰۲

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۲۴۸

مقام قوله علیه السلام: «یلزمک» یعنی یلزمک یوم المخالفهٔ قیمهٔ بغل فبعید جدّاً، بل غیر ممکن؛ لأنّ السائل إنّما سأل عمّا یلزمه بعد التلف بسبب المخالفهٔ بعد العلم بکون زمان المخالفهٔ زمان حدوث الضمان، کما یدلّ علیه: «أ رأیت لو عطب البغل، أو نفق أ لیس کان یلزمنی؟»، فقوله: «نعم» یعنی یلزمک بعد التلف بسبب المخالفهٔ قیمهٔ بغل یوم خالفته.

و قد أطنب بعضٌ فی «۱» جعل الفِقْرهٔ ظاهرهٔ فی تعلّق الظرف بلزوم القیمهٔ علیه «۲»، و لم یأتِ بشیءٍ یساعده الترکیب اللغوی، و لا المتفاهم العرفی.

الثانیهٔ: قوله: «أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون أنّ قیمهٔ البغل یوم اکتری کذا و کذا»

فإنّ إثبات قیمهٔ یوم الاکتراء من حیث هو یوم الاکتراء لا جدوی فیه؛ لعدم الاعتبار به «۳»، فلا بدّ أن یکون الغرض منه إثبات قیمهٔ یوم المخالفهٔ؛ بناءً علی أنّه یوم الاکتراء؛ لأنّ الظاهر من صدر الروایهٔ أنّه خالف المالک بمجرّد خروجه من «۴» الکوفهٔ، و من المعلوم أنّ اکتراء البغل لمثل تلک «۵» المسافهٔ القلیلهٔ إنّما یکون یوم

---

(۱) فی «ش» بدل «فی»: من.

(۲) الظاهر أنّه قدّس سرّه أشار بهذا الکلام إلی ما حکاه صاحب الجواهر رحمه اللّه فی کتاب الغصب بقوله: «نعم، ربما قیل: إنّه ظاهر فیه، یعنی فی تعلّق الظرف بالفعل المدلول علیه بقوله علیه السلام: نعم»، کذا أفاده العلّامهٔ المامقانی فی غایهٔ الآمال: ۳۱۵، و انظر الجواهر ۳۷: ۱۰۲.

(۳) فی «ف» زیادهٔ: قطعاً.

(۴) کذا فی «ش» و مصحّحهٔ «ن»، و فی سائر النسخ: إلی.

(۵) لم ترد «تلک» فی «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۲۴۹

الخروج، أو فی عصر الیوم السابق. و معلوم أیضاً عدم اختلاف القیمهٔ فی هذه المدّهٔ القلیلهٔ.

و أمّا قوله علیه السلام فی جواب السؤال عن إصابهٔ العیب: «علیک قیمهٔ ما بین الصحّهٔ و العیب یوم تردّه» فالظرف متعلّق ب «علیک» لا قید للقیمهٔ؛ إذ لا عبرهٔ فی أرش العیب بیوم الردّ إجماعاً؛ لأنّ النقص الحادث تابع فی تعیین یوم قیمته لأصل العین، فالمعنی: علیک أداء الأرش یوم ردّ البغلهٔ.

و یحتمل أن یکون قیداً ل «العیب»، و المراد: العیب الموجود فی یوم الردّ؛ لاحتمال ازدیاد العیب إلی یوم الردّ فهو المضمون، دون العیب القلیل الحادث أوّلًا، لکن یحتمل أن یکون العیب قد تناقص إلی یوم الردّ، و العبرهٔ حینئذٍ بالعیب الموجود حال حدوثه؛ لأنّ المعیب لو رُدّ إلی الصحّهٔ أو نقص لم یسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع علی مقتضی الفتوی «۱»، فهذا الاحتمال من هذه الجههٔ ضعیف أیضاً، فتعیّن تعلّقه بقوله علیه السلام: «علیک».

و المراد ب «قیمهٔ ما بین الصحّهٔ «۲» و العیب» قیمهٔ التفاوت بین الصحّهٔ و العیب، و لا تعرّض فی الروایهٔ لیوم هذه القیمهٔ، فیحتمل یوم الغصب، و یحتمل یوم حدوث العیب الذی هو یوم تلف وصف الصحّهٔ الذی هو بمنزلهٔ جزء العین فی باب الضمانات و المعاوضات، و حیث عرفت ظهور الفِقْرهٔ السابقهٔ علیه و اللاحقهٔ له فی اعتبار یوم الغصب، تعیّن حمل هذا أیضاً علی ذلک.

(۱) عبارة «على مقتضى الفتوى» لم ترد فى «ف».

(۲) فى «ف»: قيمة يوم الصحّة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۵۰

[ما يوهن الاستدلال بالصحيحة على اعتبار قيمة يوم الضمان]

نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بأنّه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم فى الرواية على ما هو الغالب فى مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل فى مدّة خمسة عشر يوماً، و يكون السرّ فى التعبير ب «يوم المخالفة» دفع ما ربما يتوهّمه أمثال صاحب البغل من العوامّ: أنّ العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك؛ لأنّه خسّره «۱» المبلغ الذى اشترى به البغلة.

و يؤيّده: التعبير عن يوم المخالفة فى ذيل الرواية ب «يوم الاكتراء» «۲» فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث إنّه يوم المخالفة.

إلّا أن يقال: إنّ الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء؛ لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس و جماعةٍ من المُكارين، بخلاف زمان المخالفة من حيث إنّه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيّنة كاليمين «۳»، فى مقابل قول السائل: «و من يعرف ذلك؟»، فتأمّل.

(۱) فى «ع» و «خ»: «خَسرة»، قال فى شرح الشهيدى بعد أن أثبت «خسّره» و شرح معناها-: هذا بناءً على «خسّره» بالضمير، و أمّا بناء على عدمه كما فى بعض النسخ المصحّحة من جهة حكّ الضمير فيه، فالمعنى واضح. انظر هداية الطالب: ۲۳۹.

(۲) التعبير الموجود فى ذيل الرواية هو: «حين اكترى»، و لعلّ المؤلّف قدّس سرّه نقل ذلك بالمعنى.

(۳) لم ترد «كاليمين» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۵۱

و يؤيّده أيضاً: قوله عليه السلام فى ما بعد، فى جواب قول السائل: «و مَن يعرف ذلك؟» قال: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك «۱» فحلفت على القيمة «۲» لزمه، أو يأتى صاحب البغل بشهودٍ يشهدون على «۳» أنّ قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا، فيلزمك .. الخبر»، فإنّ العبرة لو كان «۴» بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل، ثمّ لا وجه لقبول بيّنته؛ لأنّ من كان القول قوله فالبيّنة بيّنة صاحبه.

و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدّقه فيه من دون محاكمة و التعبير بردّه «۵» اليمين على الغاصب من جهة أنّ المالك أعرف بقيمة بغله، فكأنّ الحلف حقّ «۶» له ابتداء خلاف الظاهر.

و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف؛ فإنّه يمكن أن يحمل توجّه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا فى تنزّل القيمة يوم التلف مع اتّفاقهما أو الاطّلاع من الخارج على قيمته سابقاً، و لا شكّ حينئذٍ أنّ القول قول المالك، و يكون سماع البيّنة فى صورة اختلافهما فى قيمة البغل

(۱) كلمة «عليك» من «ش» و المصدر.

(۲) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ بدل على القيمة: له.

(۳) لم ترد «على» فى المصدر، و شطب عليها فى «ص».

(۴) كذا، و المناسب: «كانت»، كما فى مصحّحة «ص».

(۵) فى «ف»: بردّ.

(۶) فى «ش»: فكان الحلف حقّا.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۵۲

سابقاً مع اتّفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف، فتكون الرواية قد تكفّلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، و يبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة، و لعلّ حكمها أعنى حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور فى الرواية.

و أمّا على تقدير كون العبرة فى القيمة بيوم المخالفة، فلا بدّ من حمل الرواية على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، أو اللاحق له و ادّعى الغاصب نقصانه عن تلك «۱» يوم المخالفة، و لا يخفى بُعده.

و أبعد منه: حمل النصّ على التعبّد، و جعل الحكم فى خصوص الدابّة المغصوبة أو مطلقاً «۲» مخالفاً للقاعدة المتّفق عليها نصّاً «۳» و فتوى: من كون البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر «۴»، كما حكى عن الشيخ فى بابى الإجارة و الغصب «۵».

[الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى القيم و المناقشة فيه]

و أضعف من ذلك: الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من

---

(۱) فى «ف» بدل «تلك»: الملك.

(۲) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن»، و فى «ش»: «و جعل حكم خصوص الدابة أو مطلقاً»، و فى سائر النسخ: «و جعل الحكم مخصوصاً فى الدابة المغصوبة أو مطلقاً».

(۳) انظر الوسائل ۱۸: ۱۷۰، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم و الدعوى و غيره.

(۴) فى «ف»: على المنكر.

(۵) انظر النهاية: ۴۴۶، هذا فى الإجارة، و لم نعثر عليه فى الغصب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۵۳

حين الغصب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثانى «۱» إذ لم يعلم لذلك وجهٌ صحيح، و لم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب.

[الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، و المناقشة فيه]

نعم، استدلّوا على هذا القول بأنّ العين مضمونة فى جميع تلك الأزمنة التى منها زمان ارتفاع قيمته «۲».

و فيه: إنّ ضمانها فى تلك الحال، إن أُريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلّم؛ إذ تداركه لا يكون إلّا بذلك، لكنّ المفروض أنّها لم تتلف فيه.

و إن أُريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلًا و إن تنزّلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين.

و إن أرِيد استقرارها عليه بمجرّد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو و إن لم يخالف الاتّفاق إلّا أنّه مخالف لأصالة البراءة من غير دليلٍ شاغل، عدا ما حكاه فى الرياض عن خاله العلّامة قدّس اللّه تعالى روحهما من قاعدة نفى الضرر الحاصل على المالك «۳»

(۱) المسالك ۲: ۲۰۹، و الروضة البهية ۷: ۴۳ ۴۴، و حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۴.

(۲) ممّن استدلّ بذلك: الفاضل المقداد فى التنقيح ۴: ۷۰، و ابن فهد الحلّى فى المهذّب البارع ۴: ۲۵۲، و الشهيد الثانى فى المسالك ۲: ۲۰۹، و انظر مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۴.

(۳) الرياض ۲: ۳۰۴، و المراد ب «خاله العلّامة» هو العلّامة الأكبر الآقا محمد باقر الوحيد البهبهانى قدّس سرّه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۵۴

و فيه نظر، كما اعترف به بعض من تأخّر «۱».

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدّم من كون العين مضمونة فى جميع الأزمنة-: بأنّ العين إذا ارتفعت قيمتها فى زمان و صار ماليتها مقوّمة بتلك القيمة، فكما أنّه إذا تلفت حينئذٍ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتّى تلفت؛ إذ لا فرق مع عدم التمكّن منها بين أن تتلف أو تبقى.

نعم، لو ردّت تُدارَك تلك الماليّة بنفس العين، و ارتفاع القيمة السوقيّة أمر اعتبارى لا يضمن بنفسه؛ لعدم كونه مالًا، و إنّما هو مقوّم لمالية المال، و به تمايز «۲» الأموال كثرةً و قلّة.

و الحاصل: أنّ للعين فى كلّ زمانٍ من أزمنة تفاوت قيمته مرتبة من الماليّة، أُزيلت يد المالك منها و انقطعت سلطنته عنها، فإن رُدّت العين فلا مال سواها يضمن، و إن تلفت استقرّت عليا «۳» تلك المراتب «۴»؛ لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادّة، حيث إنّه يضمن الأعلى منها.

و لأجل ذلك استدلّ العلّامة فى التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنّه زمان إزالة يد المالك «۵».

و نقول فى توضيحه: إنّ كلّ زمانٍ من أزمنة الغصب قد أُزيلت

(۱) المراد به صاحب الجواهر قدّس سرّه فى الجواهر ۳۷: ۱۰۵.

(۲) فى «ف»: تميّز.

(۳) فى «ف» و «ن»: أعلى.

(۴) فى «ف» زيادة: عليه.

(۵) التحرير ۲: ۱۳۹.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۵۵

فيه يد المالك من العين على حسب ماليّته، ففى زمانٍ أُزيلت من مقدار درهم، و فى آخر عن درهمين، و فى ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرّت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامة أكثرها، فتأمّل.

[الاستدلال ثالث على أعلى القيم و توجيهه]

و استدلّ فى السرائر و غيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال «۱»؛ لاشتغال ذمّته بحقّ المالك «۲»، و لا يحصل البراءة إلّا بالأعلى.

و قد يجاب بأنّ الأصل فى المقام البراءة؛ حيث إنّ الشكّ فى التكليف بالزائد «۳». نعم، لا بأس بالتمسّك باستصحاب الضمان

المستفاد من حديث اليد «۴».

[المحكى عن جماعة أن الاعتبار بيوم البيع، و توجيهه]

ثمّ إنّه حكى عن المفيد و القاضى و الحلبى: الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض «۵» إلى حكم المشترى «۶»، و لم يعلم له وجه، و لعلّهم يريدون به يوم القبض؛ لغلبة اتّحاد زمان البيع و القبض، فافهم.

---

(۱) السرائر ۲: ۴۸۱، الرياض ۲: ۳۰۴، المناهل: ۲۹۹.

(۲) فى «ف»: لاشتغال ذمّة المالك.

(۳) أجاب عنها بذلك فى الجواهر ۳۷: ۱۰۶.

(۴) و هو ما ورد عنه صلّى اللّه عليه و آله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى»، عوالى اللآلى ۳: ۲۴۶، الحديث ۲.

(۵) فى غير «ش»: تفويض.

(۶) المقنعة: ۵۹۳، و لم نعثر عليه فى الكافى و المهذّب، و الظاهر أنّ المؤلّف قدّس سرّه أخذ ذلك عن العلّامة قدّس سرّه فى المختلف ۵: ۲۴۳ و ۲۴۴، حيث نقل عن الشيخ فى النهاية ما نصّه: من اشترى شيئاً بحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلًا، فإن هلك فى يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتياعه إلى أن قال و كذا قال المفيد و ابن البرّاج و أبو الصلاح.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۵۶

ثمّ إنّه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال،

إلّا أنّه تردّد فيه فى الشرائع «۱»، و لعلّه كما قيل «۲» من جهة احتمال كون القيمى مضموناً بمثله، و دفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل. و قد تقدّم أنّه مخالفٌ لإطلاق النصوص و الفتاوى «۳».

[ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة]

ثمّ إنّ ما ذكرنا «۴» من الخلاف إنّما هو فى ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة، و أمّا إذا كان بسبب الأمكنة، كما إذا كان فى محلّ الضمان بعشرة، و فى مكان التلف بعشرين، و فى مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف؛ لأنّ ماليّة الشيء تختلف بحسب الأماكن، و تداركه بحسب ماليّته.

[ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية]

ثمّ إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو فى ارتفاع القيمة السوقيّة الناشئة من تفاوت رغبة الناس، و أمّا إذا كان حاصلًا من زيادةٍ فى العين، فالظاهر كما قيل «۵» عدم الخلاف فى ضمان أعلى القيم، و فى الحقيقة ليست قِيَم التالف مختلفة، و إنّما زيادتها فى بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينيّة الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت.

(۱) الشرائع ۳: ۲۴۰.

(۲) قاله الشهيد الثانى فى الروضة البهيّة ۷: ۴۰.

(۳) راجع الصفحة ۲۴۰ ۲۴۲.

(۴) فى «ف»: ما ذكره.

(۵) قاله الشهيد الثانى قدّس سرّه فى عكس المسألة، و هو ما إذا استند نقص القيمة إلى نقصٍ فى العين، انظر المسالك ۲: ۲۰۹، و الروضة البهية ۷: ۴۴، و قرّره فى الجواهر ۳۷: ۱۰۷. و الظاهر أنّ المؤلّف قدّس سرّه أراد من الزيادة: الزيادة الفائتة، بدليل قوله فيما سيأتى: «النازلة منزلة الجزء الفائت»، و قوله: «نعم يجرى الخلاف المتقدّم فى قيمة هذه الزيادة الفائتة».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۵۷

نعم، يجرى الخلاف المتقدّم فى قيمة هذه الزيادة الفائتة، و أنّ «۱» العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم.

[تعذر الوصول إلى العين فى حكم التلف]

ثمّ إنّ فى حكم تلف العين فى جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذّر الوصول إليه و إن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق؛ لما دلّ على الضمان بهذه الأُمور فى باب الأمانات المضمونة «۲».

و هل يقيّد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه فى مدّة طويلة «۳» يتضرّر المالك من انتظارها، أو «۴» و لو كانت قصيرة؟ وجوه.

ظاهر أدلّة ما ذكر من الأُمور «۵»: الاختصاص بأحد الأوّلين، لكنّ ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير، كما يظهر من إطلاقهم أنّ اللوح المغصوب فى السفينة إذا خيف من نزعه غَرْقُ مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل «۶».

(۱) فى «ش»: فإنّ.

(۲) راجع الوسائل ۱۳: ۱۲۷، الباب ۵ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ۸، و الصفحة ۲۲۹، الباب ۵، الحديث الأوّل.

(۳) كلمة «طويلة» مشطوب عليها فى «خ» و «ص».

(۴) لم ترد «أو» فى «خ»، «م»، «ع» و «ص».

(۵) يعنى: السرقة و الغرق و الضياع و الإباق.

(۶) صرّح بذلك العلّامة فى القواعد ۱: ۲۰۷، و التذكرة ۲: ۳۹۶، و نسبه السيّد العاملى إلى صريح جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر غيرها، راجع مفتاح الكرامة ۶: ۲۸۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۵۸

و يؤيّده: أنّ فيه جمعاً بين الحقّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكّن من العين؛ فإنّ تسلّط الناس على مالهم الذى فرض كونه فى عهدته يقتضى جواز مطالبة الخروج عن عهدته عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم فى تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذّر فى المثلى «۱». نعم، لو كان زمان التعذّر قصيراً جدّاً، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم.

ثمّ الظاهر عدم اعتبار التعذّر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعى فى مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السعى،

لكن ظاهر كلمات بعضهم «۲»: التعبير بالتعذّر، و هو الأوفق بأصالة عدم تسلّط المالك على أزيد من إلزامه بردّ العين، فتأمّل، و لعلّ المراد به التعذّر في الحال و إن كان لتوقّفه على مقدّمات زمانيّة يتأخّر لأجلها ذو المقدّمة.

[هل يلزم المالك بأخذ البدل؟]

ثمّ إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقّا للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع «۳»، بل له أن يمتنع «۴» من

(۱) تقدّم في الأمر السادس، الصفحة ۲۲۶.

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصارى، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ۶ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ ه‍ ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)؛ ج‌۳، ص: ۲۵۸

(۲) كالمحقّق في الشرائع ۳: ۲۳۹ و ۲۴۱، و العلّامة في القواعد ۱: ۲۰۵ و التحرير ۲: ۱۳۹ و ۱۴۰ و غيرهما، و الشهيد في الدروس ۳: ۱۱۲، و المحقّق السبزواري في الكفاية: ۲۵۸.

(۳) عبارة «فلا يجوز للمالك الامتناع» وردت في «ف» قبل قوله: ثمّ إنّ ثبوت ..

(۴) كذا في «ص» و مصحّحة «ن»، و في سائر النسخ: أن يمنع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۲۵۹

أخذها و يصبر إلى زوال العذر، كما صرّح به الشيخ في المبسوط «۱»، و يدلّ عليه قاعدة تسلّط الناس على أموالهم.

و كما أنّ تعذّر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.

ثمّ إنّ المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف،

كما في المبسوط «۲» و الخلاف «۳» و الغنية «۴» و السرائر «۵» و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين، و لعلّ الوجه فيه: أنّ التدارك لا يتحقّق إلّا بذلك.

و لو لا ظهور الإجماع و أدلّة الغرامة «۶» في الملكيّة لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحةً مطلقة و إن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، و يكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمّي رحمه اللّه في أجوبة مسائله «۷».

[هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل]

و على أيّ حالٍ، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه و دخول العين في ملكه،

(۱) المبسوط ۳: ۸۷.

(۲) المبسوط ۳: ۹۵.

(۳) الخلاف ۳: ۴۱۲، كتاب الغصب، المسألة ۲۶.

(۴) الغنية: ۲۸۲.

(۵) السرائر ۲: ۴۸۶.

(۶) مثل قاعدة «على اليد» و آية «الاعتداء»، و قاعدة «الإقدام»، و الروايات الواردة فى الموارد الخاصّة، المتقدّمة فى الصفحات السابقة.

(۷) لم نعثر عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۶۰

و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين فى عدم البدل له.

و قد استشكل فى ذلك المحقّق و الشهيد الثانيان:

قال الأوّل فى محكىّ جامعه: إنّ هنا إشكالًا؛ فإنّه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه؟ و جعلها فى مقابلة الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه «۱»، انتهى.

و قال الثانى: إنّ هذا لا- يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوَّض على ملك المالك من دون دليلٍ واضح، و لو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلزلًا، و «۲» توقّف تملّك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرّف، كان وجهاً فى المسألة «۳»، انتهى. و استحسنه فى محكىّ الكفاية «۴».

أقول: الذى ينبغى أن يقال هنا: إنّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه «۵»؛ ليصدق ذهابها من كيسه.

(۱) جامع المقاصد ۶: ۲۶۱، و فيه: إنّ هنا إشكالًا؛ فإنّه كيف تجب القيمة و يملكها بالأخذ و يبقى العبد على ملكه ..

(۲) فى مصحّحة «ن» و المصدر: أو.

(۳) المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۱۰.

(۴) كفاية الأحكام: ۲۵۹.

(۵) كذا فى النسخ، و المناسب: إقامة مقابلها من ماله مقامها، لرجوع الضمير إلى العين، و كذا الكلام فى الضمائر فى الفقرة الآتية.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۶۱

ثمّ إنّ الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقى، أو العرفى المُخرج للعين عن قابليّة الملكيّة «۱» عرفاً، وجب قيام مقابله من ماله مقامه فى الملكيّة، و إن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به فى الوجوه التى بها قوام الملكيّة، وجب قيام مقابله مقامه فى السلطنة، لا فى الملكيّة؛ ليكون مقابلًا و تداركاً للسلطنة الفائتة، فالتدارك لا يقتضى ملكيّة المتدارك فى هذه الصورة.

نعم، لمّا كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقّفة على الملك؛ لتوقّف بعض التصرّفات عليها، وجب ملكيّته للمبذول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة.

و على أىّ تقدير: فلا ينبغى الإشكال فى بقاء العين المضمونة على ملك مالكها، إنّما الكلام فى البدل المبذول، و لا كلام أيضاً فى وجوب الحكم بالإباحة و بالسلطنة المطلقة عليها «۲»، و بعد ذلك فيرجع محصّل الكلام حينئذٍ إلى أنّ إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة، أو يكفى فيه حصوله من حين التصرّف؟ و قد تقدّم فى المعاطاة بيان ذلك.

[التفصیل بین فوات معظم المنافع أو بعضها]

ثمّ إنّه قد تحصّل ممّا ذکرنا: أنّ تحقّق «۳» ملکیّة البدل أو السلطنة المطلقة علیه مع بقاء العین علی ملک مالکها، إنّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحیث یعدّ بذل البدل غرامة و تدارکاً، أمّا لو لم یفت إلّا

---

(۱) فی «ف»: الملک.

(۲) کذا فی النسخ، و المناسب: «علیه»، کما فی مصحّحة «ن».

(۳) کذا فی «ن» و مصحّحة «م»، و فی غیرهما: تحقیق.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۶۲

بعض ما لیس به قوام الملکیّة، فالتدارک لا یقتضی ملکه و لا السلطنة المطلقة علی البدل.

و لو فرض حکم الشارع بوجوب غرامة قیمته حینئذٍ لم یبعد انکشاف «۱» ذلک عن انتقال العین إلی الغارم؛ و لذا استظهر غیر واحد «۲» أنّ الغارم لقیمة الحیوان الذی وطأه یملکه؛ لأنّه و إن وجب بالوطء نفیه عن البلد و بیعه فی بلدٍ آخر، لکن هذا لا یعدّ فواتاً لما به قوام المالیّة.

[خروج العین عن التقویم]

هذا کلّه مع انقطاع السلطنة عن العین مع بقائها علی مقدار ملکیّتها «۳» السابقة.

أمّا لو خرج «۴» عن التقویم مع بقائها علی صفة الملکیة، فمقتضی قاعدة الضمان وجوب کمال القیمة، مع بقاء العین علی ملک المالک «۵»؛ لأنّ القیمة عوض الأوصاف أو الأجزاء «۶» التی خرجت العین لفواتها عن التقویم، لا عوض العین نفسها، کما فی الرطوبة الباقیة بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها علی ملک مالکها لا ینافی معنی الغرامة؛

---

(۱) کذا فی النسخ، و الصواب: «کشف»، کما فی مصحّحة «ن» و استظهر فی «ص» و «ش».

(۲) منهم الشهید الثانی فی الروضة البهیّة ۹: ۳۱۱، و السیّد الطباطبائی فی الریاض ۲: ۴۹۹.

(۳) کذا، و الأولی التعبیر ب «مالیّتها» کما فی مصحّحة «ن».

(۴) کذا، و المناسب: خرجت.

(۵) فی ما عدا «ش» زیادة: «به»، إلّا أنّه شطب علیها فی «ن».

(۶) فی «م» و «ش»: و الأجزاء.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۶۳

لفوات معظم الانتفاعات به «۱»، فیقوی عدم جواز المسح بها إلّا بإذن المالک و لو بذل القیمة.

قال فی القواعد «۲» فی ما لو خاط ثوبه بخیوط مغصوبة-: و لو طلب المالک نزعها و إن أفضی إلی التلف وجب، ثمّ یضمن الغاصب النقص، و لو لم یبقَ لها قیمةٌ غرم جمیع القیمة، انتهی.

و عطف علی ذلک فی محکیّ جامع المقاصد «۳» قوله: و لا یوجب ذلک خروجها عن ملک المالک، کما سبق من أنّ جنایة

الغاصب توجب أکثر الأمرین، و لو استوعبت «۴» القیمة أخذها و لم تدفع العین «۵»، انتهی.

و عن المسالک فی هـذه المسألة: أنّه إن لم یبقَ له قیمة ضـمن جمیع القیمة، و لا یخرج بذلک عن ملک مالکه کما سبق، فیجمع بین العین و القیمة «۶».

لکن عن مجمع البرهان فی هـذه المسألة-: اختیار عدم وجوب النزع، بل قال: یمکن أن لا یجوز و یتعیّن القیمة؛ لکونه بمنزلة التلف، و حینئذٍ یمکن جواز الصلاة فی هذا الثوب المخیط؛ إذ لا غصب فیه یجب

---

(۱) لم ترد «به» فی «ش».

(۲) فی «ش»: «شـرح القواعـد»، و المظنون بل المقطوع أنّ ما صـدر عن قلمه الشـریف هو «القواعـد»، کما ورد فی سائر النسـخ؛ بدلیل قوله فیما سیأتی: «و عطف علی ذلک فی محکی جامع المقاصد»، لکن مصحّح «ش» لمّا رأی أنّ المنقول لم یکن بتمامه فی القواعد، أضاف إلیه کلمة: «شرح».

(۳) عبارة «فی محکیّ جامع المقاصد» لم ترد فی «ش».

(۴) فی غیر «ف»: استوعب.

(۵) جامع المقاصد ۶: ۳۰۴ ۳۰۵، و انظر القواعد ۱: ۲۰۷.

(۶) المسالک (الطبعة الحجریة) ۲: ۲۰۷ ۲۰۸.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۶۴

ردّه، کما قیل بجواز المسح بالرطوبة الباقیة من الماء المغصوب الذی حصل العلم به بعد إکمال الغسل و قبل المسح «۱»، انتهی.

و استجوده بعض المعاصرین «۲»؛ ترجیحاً لاقتضاء ملک المالک للقیمة خروج المضمون عن ملکه؛ لصیرورته عوضاً شرعاً.

و فیه: أنّه لا ـ منشـأ لهـذا الاقتضاء، و أدلّـة الضـمان قـد عرفت أنّ محصّـِلها یرجع إلی وجوب تـدارک ما ذهب من المالک، سواءً کان الـذاهب نفس العین کما فی التلف الحقیقی، أو کان الـذاهب السـلطنة علیها التی بها قوام مالیّتها کغرق المال، أو کان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التی یخرج بذهابها العین عن التقویم مع بقاء ملکیّته «۳».

و لا یخفی أنّ العین علی التقدیر الأوّل خارج «۴» عن الملکیّة عرفاً.

و علی الثانی: السلطنة المطلقة علی البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العین، و هذا معنی بدل الحیلولة.

و علی الثـالث: فالمبـذول عوض عمّـا خرج المال بـذهابه عن التقویم، لا عن نفس العین، فالمضـمون فی الحقیقـة هی تلک الأوصاف التی تقابل بجمیع القیمـة، لا نفس العین الباقیـة، کیف! و لم تتلف هی، و لیس لها علی تقـدیر التلف أیضاً عهدة مالیة؟ بل الأمر بردّها مجرّد تکلیف لا یقابل بالمال، بل لو استلزم ردّه «۵» ضرراً مالیاً علی الغاصب

---

(۱) مجمع الفائدة ۱۰: ۵۲۱.

(۲) هو صاحب الجواهر فی الجواهر ۳۷: ۸۰.

(۳) کذا، و المناسب: ملکیّتها.

(۴) کذا، و المناسب: خارجة.

(۵) کذا فی النسخ، و المناسب: ردّها.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۶۵

أمکن سقوطه، فتأمّل.

[خروج العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية]

و لعلّ ما عن المسالك: من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعيّن القيمة فقط «۱»، محمول على صورة تضرّر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة، كما لا يأبى عنه عنوان المسألة، فلاحظ، و حينئذٍ فلا تنافى ما تقدّم عنه «۲» سابقاً: من بقاء الخيط على ملك مالكه و إن وجب بذل قيمته «۳».

ثمّ إنّ هنا قسماً رابعاً، و هو ما لو خرج المضمون عن الملكيّة مع بقاء حقّ الأولوية فيه، كما لو صار الخلّ المغصوب خمراً، فاستشكل فى القواعد وجوب ردّها مع القيمة «۴»؛ و لعلّه من استصحاب وجوب ردّها، و من أنّ الموضوع فى المستصحب ملك المالك؛ إذ لم يجب إلّا ردّه و لم يكن المالك إلّا أولى به «۵».

إلّا أن يقال: إنّ الموضوع فى الاستصحاب عرفيّ، و لذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان «۶» و المحقّق الثانى «۷»، و يؤيّده أنّه لو عاد خلّا ردّت إلى المالك بلا خلافٍ ظاهر.

---

(۱) انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۰۷، و العبارة منقولة بالمعنى.

(۲) كلمة «عنه» من «ف» و «ش».

(۳) راجع الصفحة ۲۶۳.

(۴) القواعد ۱: ۲۰۶.

(۵) فى «ف»: و لم يكن المالك أولى إلّا به.

(۶) الدروس ۳: ۱۱۲، المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۱۴.

(۷) جامع المقاصد ۶: ۲۹۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۶۶

[حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها]

ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواءً كان للسوق أو للزيادة المتّصلة، بل المنفصلة كالثمرة و لا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك.

و عن التذكرة «۱» و بعض آخر «۲»: ضمان المنافع، و قوّاه فى المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه «۳».

و فى موضع من جامع المقاصد: أنّه موضع توقّف. و فى موضعٍ آخر رجّح الوجوب «۴».

[حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر و قبل الدفع]

ثمّ إنّ ظاهر عطف التعذّر على التلف فى كلام بعضهم «۵» عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذّر و قبل الدفع، كالحاصل بعد التلف، لكنّ مقتضى القاعدة ضمانه له؛ لأنّ «۶» مع التلف يتعيّن القيمة؛ و لذا ليس له الامتناع من أخذها، بخلاف تعذّر العين؛ فإنّ القيمة غير متعيّنة، فلو صبر المالك حتّى يتمكّن من العين كان له ذلك و

يبقى العين فى عهدة

---

(١) التذكرة ٢: ٣٨٢.

(٢) و قال السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة (۶: ٢٤٩): «و هو الأصحّ»، و فيه أيضاً: «و مال إليه فى المسالك»، انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٠.

(٣) المبسوط ٣: ٩۶.

(۴) جامع المقاصد ۶: ٢٥١ و ٢٧٣.

(۵) مثل المحقّق فى المختصر ٢: ٢٥۶، و العلّامة فى التحرير ٢: ١٣٩.

(۶) فى «ف» بدل «لأنّ»: إذ.

الضامن فى هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب، على الخلاف.

و الحاصل: أنّ قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة فى عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذّر، و الحكم بكون يوم التعذّر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأُجرة و النماء إلى دفع البدل و إن تراخى عن التعذّر، ممّا لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذّر فى المثلىّ.

[إذا ارتفع التعذر وجب رد العين]

ثمّ إنّه لا إشكال فى أنّه إذا ارتفع تعذّر ردّ العين و صار ممكناً، وجب ردّها إلى مالكها «١» كما صرّح به فى جامع المقاصد «٢» فوراً، و إن كان فى إحضارها «٣» مئونة، كما كان قبل التعذّر؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» «۴»، و دفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنّه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، و استلزم «۵» ذلك على ما اخترناه «۶» عدم «٧» ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتّصل بعد دفع الغرامة.

---

(١) فى غير «ش»: ردّه إلى مالكه.

(٢) جامع المقاصد ۶: ٢۶١.

(٣) فى غير «ش»: إحضاره.

(۴) عوالى اللآلى ١: ٢٢۴، الحديث ١٠۶، و الصفحة ٣٨٩، الحديث ٢٢.

(۵) فى «ش» كتب فوق الكلمة: و لازم ظ.

(۶) تقدّم فى الصفحة ٢۶۶.

(٧) فى غير «ف» و «ش»: «من عدم»، إلّا أنّه شطب على «من» فى «ن» و «خ».

و سقوط وجوب الردّ حين التعذّر للعذر العقلى، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان المدلول عليه بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» المغيّا بقوله: «حتّى تؤدّى».

و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه «۱» إلى الغارم بمجرّد طروّ التمكّن،

فيضمن العين من يوم التمكّن ضماناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنّها باقية على ملك مالك العين، و كون «۲» العين مضمونة بها لا بشي‌ءٍ آخر في ذمّة الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلّا حكم تكليفي بوجوب ردّه، و أمّا الضمان و عهدة جديدة فلا؟ وجهان:

أظهرهما الثاني؛ لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، و عدم طروّ ما يزيل ملكيّته عن الغرامة أو يُحدث ضماناً جديداً، و مجرّد عود التمكّن لا يوجب عود سلطنة المالك حتّى يلزم من بقاء ملكيّته «۳» على الغرامة الجمع بين العوض و المعوض، غاية ما في الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفائتة المبدلة «۴» عنها بالغرامة و وجوبها عليه.

و حينئذٍ، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيّة «۵» المالك

---

(۱) كذا، و الصحيح: ملكها.

(۲) شطب على كلمة «كون» في «ن»، و صُحّح في «ص» ب «تكون».

(۳) في «ش»: مالكيّته.

(۴) كذا، و المناسب: «المبدل»، كما في مصحّحة «ن».

(۵) في نسخة بدل «ش»: مالكيّة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۶۹

للغرامة، و توهّم: أنّ المدفوع كان بدلًا «۱» عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذّر فلا يعود لعدم عود مبدله، ضعيف في الغاية، بل كان بدلًا عن أصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقلٍ لازم بل جائز، و لا يجب ردّ نمائه المنفصل.

و لو لم يدفعها «۲» لم يكن له مطالبة الغرامة أوّلًا؛ إذ ما لم يتحقّق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم؛ فإنّ الغرامة عوض السلطنة لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمّل.

نعم، للمالك مطالبة عين ماله؛ لعموم «الناس مسلّطون على أموالهم» «۳»، و ليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة حتّى سلطنة المطالبة، بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك؛ و لذا لا يباح «۴» لغيره بمجرّد بذل الغرامة.

[ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل]

و ممّا ذكرنا «۵» يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع

---

(۱) لم ترد «بدلًا» في «ف».

(۲) كذا في «ش» و مصحّحة «خ»، و في سائر النسخ: «يدفعه»، و الصحيح ما أثبتناه كما أثبته المامقاني و قال: هذه الجملة عطف على قوله: «فإنّ دفع العين»، و الضمير المنصوب بقوله: «لم يدفع»، عائد إلى العين، غاية الآمال: ۳۱۹. و أثبتها الشهيدي كما في سائر النسخ، لكنّه قال: الصواب: «يدفعها»؛ لأنّ الضمير راجع إلى العين، هداية الطالب: ۲۴۵.

(۳) عوالي اللآلي ۱: ۲۲۲، الحديث ۹۹.

(۴) كذا، و المناسب: «لا تباح»، كما فى مصحّحة «خ».

(۵) فى «خ»، «ع» و «ص» زيادة: أيضاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۷۰

المالك القيمة، كما اختاره فى التذكرة «۱» و الإيضاح «۲» و جامع المقاصد «۳».

و عن التحرير: الجزم بأنّ له ذلك «۴»؛ و لعلّه لأنّ القيمة عوض إمّا عن العين، و إمّا عن السلطنة عليه «۵»، و على أىّ تقديرٍ فيتحقّق الترادّ، و حينئذٍ فلكلٍّ من صاحبى العوضين حبس ما بيده حتّى يتسلّم ما بيد الآخر.

و فيه: أنّ العين بنفسها ليست عوضاً و لا معوَّضاً؛ و لذا تحقّق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة، فالمالك مسلَّطٌ عليها، و المعوّض للغرامة «۶» السلطنة الفائتة التى هى فى معرض العود بالترادّ.

اللّهم إلّا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامة و هى السلطنة الفائتة.

و الأقوى: الأوّل.

[لو حبس العين فتلفت]

ثمّ لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه «۷» فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنّه لا يجرى عليه حكم المغصوب؛ لأنّه حبسه بحقّ، نعم

---

(۱) التذكرة ۲: ۳۸۵.

(۲) إيضاح الفوائد ۲: ۱۷۸.

(۳) جامع المقاصد ۶: ۲۶۱.

(۴) التحرير ۲: ۱۴۰، و حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۶: ۲۵۶.

(۵) كذا فى النسخ، و المناسب: «عليها»، كما استُظهر فى «ص».

(۶) فى «ش»: لغرامة.

(۷) كذا، و المناسب: «حبسها»؛ لعود الضمير إلى العين، و كذا الكلام فيما يأتى من الضمائر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۷۱

يضمنه؛ لأنّه قبضه لمصلحة نفسه، و الظاهر أنّه بقيمة يوم التلف على ما هو الأصل فى كلّ مضمون و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف.

و ذكر العلّامة فى القواعد: أنّه لو حبس فتلف محبوساً، فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة الأُولى «۱».

و الظاهر أنّ مراده ب «قيمة «۲» الآن»: مقابل القيمة السابقة؛ بناءً على زوال حكم الغصب عن العين، لكونه محبوساً بغير عدوان، لا خصوص حين التلف. و كلمات كثيرٍ منهم لا يخلو عن اضطراب.

ثمّ إنّ أكثر ما ذكرناه مذكور فى كلماتهم فى باب الغصب، لكنّ الظاهر أنّ أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً؛ إذ ليس فى الغصب خصوصيّة زائدة.

نعم، ربما يفرّق من جهة نصٍّ فى المغصوب مخالفٍ لقاعدة الضمان، كما احتمل فى الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة أبى ولّاد «۳» أو أعلى القيم على ما تقدّم من الشهيد الثانى دعوى دلالة الصحيحة عليه «۴»، و أمّا ما اشتهر من أنّ الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً.

(۱) القواعد ۱: ۲۰۴.

(۲) فی «ف»: بقیمته.

(۳) تقدّمت فی الصفحة ۲۴۶ ۲۴۷.

(۴) تقدّم فی الصفحة ۲۵۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۷۲

و لنختم بـذلک أحكام المبيع بالبيع الفاسد و إن بقی منه أحكامٌ «۱» أُخر أكثر ممّا ذكر، و لعلّ بعضـها يجیء فی بيع الفضولی إن شاء اللّه تعالی «۲».

(۱) لم ترد «أحكام» فی «ش».

(۲) يجیء فی الصفحة ۳۴۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۷۳

الكلام فی شروط المتعاقدين

اشارة

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۷۵

مسألة [من شروط المتعاقدين البلوغ]

[فی عقد الصبی]

[المشهور بطلان عقد الصبی]

اشارة

المشهور كما عن الدروس «۱» و الكفاية «۲»-: بطلان عقد الصبی، بل عن الغنية: الإجماع عليه و إن أجاز الولی «۳».

و فی كنز العرفان: نسبة عدم صحّة عقد الصبی إلی أصحابنا «۴»، و ظاهره إرادة التعميم لصورة إذن الولی.

و عن التذكرة: أنّ الصـغير محجور عليه بالنصّ و الإجماع سواء كان مميّزاً أو لا فی جميع التصرّفات إلّا ما استثنی، كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيّته و إيصال الهديّة و إذنه فی الدخول، علی خلافٍ فی ذلک «۵»، انتهی.

و استثناء إيصال الهديّة و إذنه فی دخول الدار، يكشف بفحواه عن

(۱) الدروس ۳: ۱۹۲، لكنّه نسبه إلی الأشهر.

(۲) الكفاية: ۸۹، و حكاه عنه و عن الدروس السيّد المجاهد فی المناهل: ۲۸۶.

(۳) الغنية: ۲۱۰.

(۴) انظر کنز العرفان ۲: ۱۰۲.

(۵) التذکرة ۲: ۷۳.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۷۶

شمول المستثنی منه لمطلق أفعاله؛ لأنّ الإیصال و الإذن لیسا من التصرّفات القولیّة و الفعلیّة، و إنّما الأوّل آلة فی إیصال الملک کما لو حملها علی حیوان و أرسلها، و الثانی کاشف عن موضوعٍ تعلّق علیه إباحة الدخول، و هو رضا المالک.

[الاستدلال علی البطلان بحدیث رفع القلم]

و احتجّ علی الحکم فی الغنیة «۱» بقوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبیّ حتّی یحتلم، و عن المجنون حتّی یفیق، و عن النائم حتّی یستیقظ» «۲»، و قد سبقه فی ذلک الشیخ فی المبسوط فی مسألة الإقرار و قال: إنّ مقتضی رفع القلم أن لا یکون لکلامه حکم «۳». و نحوه الحلّی فی السرائر فی مسألة عدم جواز وصیّة البالغ عشراً «۴»، و تبعهم فی الاستدلال به جماعة، کالعلّامة «۵» و غیره «۶».

[الاستدلال بروایات عدم جواز أمر الصبی]

اشارة

و استدلّوا «۷» أیضاً بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر علیه السلام: «إنّ الجاریة إذا زوّجت و دخل بها و لها تسع سنین ذهب عنها الیتم،

---

(۱) الغنیة: ۲۱۰.

(۲) عوالی اللآلی ۱: ۲۰۹، الحدیث ۴۸.

(۳) المبسوط ۳: ۳.

(۴) السرائر ۳: ۲۰۷.

(۵) التذکرة ۲: ۱۴۵.

(۶) کالمحقّق الثانی فی جامع المقاصد ۷: ۸۲ و المحقّق التستری فی مقابس الأنوار: ۱۰۸.

(۷) کما فی الحدائق ۱۸: ۳۶۹، و الریاض ۱: ۵۱۱، و مقابس الأنوار: ۱۰۸، و الجواهر ۲۲: ۲۶۱ و غیرها.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۷۷

و دفع إلیها مالها، و جاز أمرها فی الشراء «۱»، و الغلام لا یجوز أمره فی البیع و الشراء و لا یخرج عن الیتم حتّی یبلغ خمس عشرة سنة .. الحدیث» «۲».

و فی روایة ابن سنان: «متی یجوز أمر الیتیم؟ قال: حتّی یبلغ أشدّه. قال: ما أشدّه؟ قال: احتلامه» «۳»، و فی معناها روایات أُخر «۴».

[المناقشة فی دلالة هذه الروایات]

لکنّ الإنصاف: أنّ جواز الأمر فی هذه الروایات ظاهر فی استقلاله فی التصرّف؛ لأنّ الجواز مرادفٌ للمضیّ، فلا ینافی عدمه ثبوت الوقوف علی الإجازة، کما یقال: بیع الفضولی غیر ماضٍ، بل موقوف.

و یشهد له الاستثناء فی بعض تلک الأخبار بقوله: «إلّا أن یکون سفیهاً» «۵»، فلا دلالة لها حینئذٍ علی سلب عبارته، و أنّه إذا ساوم ولیّه

متاعاً «۶» و عيّن له قيمته «۷» و أمر الصبىّ بمجرّد إيقاع العقد مع الطرف

---

(۱) فى المصدر زيادة: و البيع.

(۲) الوسائل ۱۲: ۲۶۸، الباب ۱۴ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل، و ذيله.

(۳) الخصال ۲: ۴۹۵، الحديث ۳، و عنه فى الوسائل ۱۳: ۱۴۳، الباب ۲ من أبواب كتاب الحجر، الحديث ۵.

(۴) انظر الوسائل ۱۲: ۲۶۷، الباب ۱۴ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ۱۳: ۱۴۱ و ۱۴۲، الباب ۱ و ۲ من أبواب كتاب الحجر، و الصفحة ۴۲۸ و ۴۳۲، الباب ۴۴ و ۴۵ من أبواب كتاب الوصايا و غيرها.

(۵) مثل رواية ابن سنان المتقدّمة و الروايتين الأُخريين عنه أيضاً فى الوسائل ۱۳: ۴۳۰ و ۴۳۱، الباب ۴۴ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ۸ و ۱۱.

(۶) كذا فى «ف»، «خ» و «ش» و نسخة بدل «ن»، و فى سائر النسخ: متاعه.

(۷) فى «ف»: قيمة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۷۸

الآخر كان باطلًا، و كذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليّه.

و أمّا حديث رفع القلم، ففيه:

أوّلًا: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذة، لا قلم جعل الأحكام؛ و لذا بنينا كالمشهور على شرعيّة عبادات الصبىّ.

و ثانياً: أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعيّة ليست مختصّة بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولىّ إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مسّ المصحف.

و ثالثاً: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتّى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة فى حقّ البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

و بالجملة، فالتمسّك بالرواية ينافى ما اشتهر بينهم من شرعيّة عبادة الصبىّ، و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعيّة بالبالغين. فالعمدة فى سلب عبارة الصبى هو الإجماع المحكى «۱»، المعتضد بالشهرة العظيمة، و إلّا فالمسألة محلّ إشكال؛ و لذا تردّد المحقّق فى الشرائع فى إجارة المميّز بإذن الولىّ «۲» بعد ما جزم بالصحّة فى العارية «۳»،

---

(۱) تقدّم حكايته عن الغنية و التذكرة فى أوّل المسألة.

(۲) الشرائع ۲: ۱۸۰.

(۳) الشرائع ۲: ۱۷۱.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۷۹

و استشكل فيها فى القواعد «۱» و التحرير «۲».

و قال فى القواعد: و فى صحّة بيع المميّز بإذن الولىّ نظر «۳»، بل عن الفخر فى شرحه: أنّ الأقوى الصحّة؛ مستدلا بأنّ العقد إذا وقع بإذن الولى كان كما لو صدر عنه «۴» و لكن لم أجده فيه و قوّاه المحقّق الأردبيلى على ما حكى عنه «۵».

و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده، حيث قال: و هل يصحّ بيع المميّز و شراؤه؟ الوجه عندى: أنّه لا يصحّ «۶».

و اختار فى التحرير: صحّة بيع الصبى فى مقام اختبار رشده «۷».

و ذكر المحقّق الثانى: أنّه لا يبعد بناء المسألة على أنّ أفعال الصبىّ و أقواله شرعيّة أم لا، ثمّ حكم بأنّها غير شرعيّة، و أنّ الأصحّ بطلان

العقد «٨».

---

(١) القواعد ١: ٢٢۴.

(٢) التحرير ١: ٢۴۴.

(٣) القواعد ١: ١۶٩.

(۴) حكاه عنه المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار (الصفحة ١١٠)، و لكنّ الموجود فى الإيضاح (٢: ۵۵) ذيل عبارة والده هكذا: «و الأقوى عدم الصحّة»، و لم نعثر فيه على غيره.

(۵) لم نعثر على الحاكى عنه بهذا النحو، نعم فى المقابس (الصفحة ١١٠): و مال المقدّس الأردبيلى فى كتابه إلى جواز بيعه مع الرشد و إذن الولىّ، انظر مجمع الفائدة ٨: ١۵٢ ١۵٣.

(۶) التذكرة ٢: ٨٠، و فيه: و شراؤه بإذن الولىّ.

(٧) التحرير ١: ٢١٨.

(٨) جامع المقاصد ۵: ١٩۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ٢٨٠

و عن المختلف أنّه حكى فى باب المزارعة عن القاضى كلاماً يدلّ على صحّة بيع الصبى «١».

و بالجملة، فالمسألة لا تخلو عن إشكال، و إن أطنب بعض المعاصرين «٢» فى توضيحه حتّى ألحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه.

[الحجة فى المسألة هى الشهرة و الإجماع المحكى]

اشارة

فالإنصاف: أنّ الحجّة فى المسألة هى الشهرة المحقّقة و الإجماع المحكىّ عن التذكرة «٣»؛ بناءً على أنّ استثناء الإحرام الذى لا يجوز إلّا بإذن الولىّ شاهد على أنّ مراده بالحَجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفى الاستقلال فى التصرّف؛ و كذا إجماع الغنية «۴»؛ بناءً على أنّ استدلاله بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولىّ. و ليس المراد نفى صحّة البيع المتعقّب بالإجازة، حتّى يقال: إنّ الإجازة عند السيّد «۵» غير مجدية فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقلّ و لو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولى.

و يؤيّد الإجماعين ما تقدّم عن كنز العرفان «۶».

[المناقشة فى تحقق الإجماع]

نعم لقائلٍ أن يقول: إنّ ما عرفت من المحقّق و العلّامة و ولده

---

(١) حكى المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار (الصفحة ١١٠) ما نقله العلّامة عن القاضى، و قال: «و مقتضاه صحّة شراء الصبى و بيعه»، انظر المختلف ۶: ١٨٨، و المهذّب ٢: ٢٠.

(٢) الظاهر أنّ المراد هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢۶١، و انظر مقابس الأنوار: ١١١ ١١٢ أيضاً.

(٣) التذكرة ٢: ٧٣.

(۴) الغنية: ٢١٠.

(۵) يعنى السيّد ابن زهرة.

(۶) تقدّم فى أوّل المسألة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۸۱

و القاضى و غيرهم خصوصاً «۱» المحقّق الثانى «۲» الذى بنى المسألة على شرعية أفعال الصبىّ يدلّ على عدم تحقّق الإجماع.

و كيف كان، فالعمل على المشهور «۳».

[ما يستأنس به للبطلان]

و يمكن «۴» أن يستأنس له أيضاً بما ورد فى الأخبار المستفيضة من أنّ «عمد الصبى و خطأه واحد» كما فى صحيحة ابن مسلم «۵» و غيرها «۶»، و الأصحاب و إن ذكروها فى باب الجنايات، إلّا أنّه لا إشعار فى نفس الصحيحة بل و غيرها بالاختصاص بالجنايات؛ و لذا تمسّك بها الشيخ فى المبسوط «۷» و الحلّى فى السرائر «۸»، على أنّ إخلال الصبىّ المُحرِم بمحظورات الإحرام التى تختصّ الكفارة فيها «۹» بحال التعمّد لا يوجب كفارةً على الصبىّ، و لا على الولىّ؛ لأنّ عمده خطأ.

---

(۱) لم ترد «غيرهم خصوصاً» إلّا فى «ف»، «ش» و مصحّحة «ن».

(۲) تقدّم كلامهم فى الصفحة ۲۷۸ ۲۸۰.

(۳) لم ترد «فالعمل على المشهور» فى «ف».

(۴) فى «ف»: فيمكن.

(۵) فى «ف»: محمد بن مسلم.

(۶) الوسائل ۱۹: ۳۰۷، الباب ۱۱ من أبواب العاقلة، الحديث ۲ و ۳، و الصفحة ۶۶، الباب ۳۶ من أبواب كتاب القصاص فى النفس، الحديث ۲.

(۷) المبسوط ۱: ۳۲۹.

(۸) السرائر ۱: ۶۳۶ ۶۳۷.

(۹) كذا فى «ف»، و فى «ص» بدل «الكفارة فيها»: «حرمتها»، و فى غيرهما جمع بينهما بجعل أحدهما أصلًا و الآخر بدلًا، و فى «ش» جمع بينهما مع عدم الإشارة إلى ذلك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۸۲

و حينئذٍ فكلّ حكمٍ شرعيٍّ تعلّق بالأفعال التى يعتبر فى ترتّب الحكم الشرعى عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبىّ قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبى و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطئ و إيقاعاتهم.

[استظهار البطلان من حديث رفع القلم]

بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب من حديث «رفع القلم» و هو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبى البخترى، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام، أنّه كان يقول [فى «۱»] المجنون و المعتوه الذى لا يفيق، و الصبى الذى لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم «۲»» «۳»؛ فإنّ ذكر «رفع القلم» فى الذيل ليس له وجه ارتباط إلّا بأن تكون علّة لأصل الحكم، و هو ثبوت الدية على العاقلة، أو بأن تكون معلولة «۴» لقوله: «عمدهما خطأ»، يعنى أنّه لمّا كان

قصدهما بمنزلة العدم فی نظر الشارع و فی الواقع رفع القلم عنهما.

و لا یخفی أنّ ارتباطها «۵» بالکلام علی وجه العلّیة أو المعلولیّة «۶»

---

(۱) من المصدر.

(۲) فی «ف» زیادة: «إلخ»، و فی سائر النسخ: «اه»، لکنّ المذکور هنا هو المذکور فی المصدر بتمامه.

(۳) قرب الإسناد: ۱۵۵، الحدیث ۵۶۹، و عنه فی الوسائل ۱۹: ۶۶، الباب ۳۶ من أبواب القصاص فی النفس، الحدیث ۲.

(۴) کذا، و المناسب: بأن یکون معلولًا.

(۵) کذا، و المناسب تذکیر الضمیر؛ لرجوعه إلی «رفع القلم».

(۶) فی «ش»: و المعلولیّة.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۸۳

للحکم المذکور فی الروایة أعنی عدم مؤاخذة الصبی و المجنون بمقتضی جنایة العمد و هو القصاص، و لا بمقتضی شبه العمد و هو الدیة فی مالهما لا یستقیم إلّا بأن یراد من «رفع القلم» ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعاً من حیث العقوبة الأُخرویة و الدنیویة المتعلّقة بالنفس کالقصاص-، أو المال کغرامة الدیة و عدم ترتّب ذلک علی أفعالهما المقصودة المتعمّد إلیها ممّا «۱» لو وقع من غیرهما مع القصد و التعمّد لترتّبت علیه غرامة أُخرویة أو دنیویة.

و علی هذا، فإذا التزم علی نفسه مالًا بإقرارٍ أو معاوضةٍ و لو بإذن الولیّ، فلا أثر له «۲» فی إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ «۳». فإذا لم یلزمه شیء بالتزاماته و لو کانت بإذن الولی، فلیس ذلک إلّا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه؛ إذ لو کان ذلک لأجل عدم «۴» استقلاله و حجره عن الالتزامات علی نفسه، لم یکن عدم المؤاخذة شاملًا لصورة إذن الولیّ، و قد فرضنا الحکم مطلقاً، فیدلّ بالالتزام علی کون قصده فی إنشاءاته و إخباراته مسلوب الأثر.

ثمّ إنّ مقتضی عموم هذه الفقرة بناءً علی کونها علّة للحکم-: عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، کما هو ظاهر المحکی عن بعض

---

(۱) فی «م» و «ع»: «بما»، و فی نسخة بدلهما: ممّا.

(۲) کذا فی «ش»، و فی سائر النسخ: «لها»، و فی مصحّحة «ص»: لهما.

(۳) عبارة «و لو بعد البلوغ» وردت فی «ف» قبل قوله: «فلا أثر له».

(۴) فی «ف» بدل «لأجل عدم»: لعدم.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۸۴

إلّا أن یلتزم بخروج ذلک من «۱» عموم رفع القلم، و لا یخلو عن «۲» بُعد.

لکن «۳» هذا غیر واردٍ علی الاستدلال؛ لأنّه لیس مبتیاً علی کون «رفع القلم» علّة للحکم؛ لما عرفت «۴» من احتمال کونه معلولًا لسلب اعتبار قصد الصبیّ و المجنون، فیختصّ رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التی یعتبر فی المؤاخذة علیها قصد الفاعل فیخرج مثل الإتلاف، فافهم و اغتنم.

ثمّ إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع علی البالغین، فلا ینافی ثبوت بعض العقوبات للصبی، کالتعزیر.

[رأی المؤلف فی المسألة و دلیله]

و الحاصل: أنّ مقتضى ما تقدّم «۵» من الإجماع المحكى فى البيع و غيره من العقود، و الأخبار المتقدّمة «۶» بعد انضمام بعضها إلى بعض-: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبىّ من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً و وكالةً، و القبض و الإقباض، و كلّ التزام على نفسه من ضمانٍ أو إقرارٍ أو نذرٍ أو إيجار.

---

(۱) فى غير «ف»: عن.

(۲) فى غير «ف»: من.

(۳) فى «ش»: و لكن.

(۴) فى الصفحة السابقة.

(۵) فى أوّل المسألة.

(۶) راجع الصفحة ۲۷۶ ۲۷۷ و ۲۸۱.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۸۵

[كلام العلامة فى عدم صحة تصرفات الصبى]

قال «۱» فى التذكرة «۲»: و كما لا يصحّ تصرّفاته اللفظية، كذا لا يصحّ قبضه، و لا يفيد حصول الملك فى الهبة و إن اتهب له الولى، و لا لغيره و إن أذن الموهوب له بالقبض، و لو قال مستحقّ الدين للمديون: سلّم حقّى إلى هذا «۳» الصبىّ، فسلّم مقدار «۴» حقّه إليه، لم يبرأ عن الدين و بقى المقبوض على ملكه، و لا ضمان على الصبىّ؛ لأنّ المالك ضيّعه حيث دفعه إليه، و بقى الدين لأنّه فى الذمّة و لا يتعيّن إلّا بقبض صحيح، كما لو قال: ارمِ حقّى فى البحر، فرمى مقدار حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالى إلى الصبىّ أو ألقِه فى البحر؛ لأنّه امتثل أمره فى حقّه المعيّن، و لو كانت الوديعة للصبى فسلّمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولى؛ إذ ليس له تضييعها بإذن الولى.

و قال أيضاً: لو عرض الصبى ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى مقوّم ليقوّمه فأخذه، لم يجز له ردّه إلى «۵» الصبى، بل على «۶» وليّه إن كان. فلو أمره الولىّ بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولى «۷»، و إن كان للصبى فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبى فى

---

(۱) فى «ش»: و قال.

(۲) نقل السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۲ عدّة فروع من التذكرة و نهاية الإحكام، و لم يفرزها، و لكنّ المؤلّف قدّس سرّه نسبها جميعاً إلى التذكرة.

(۳) كلمة «هذا» من «ش» و المصدر.

(۴) فى المصدر و نسخة بدل «ش»: قدر.

(۵) فى المصدر: على.

(۶) فى «ش» و مصحّحة «م»: إلى.

(۷) كذا فى «ص»، «ش» و المصدر و مصحّحة «ن»، و فى غيرها: للمولى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۸۶

البحر، فإنّه يلزمه ضمانه. و إذا تبايع الصبيّان و تقابضا و أتلف كلّ واحدٍ منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليّين فالضمان عليهما، و إلّا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيّين. و يأتى فى باب الحجر تمام الكلام «۱».

و لو فتح «۲» الصبى الباب و أذن فى الدخول على أهل الدار، أو أدخل «۳» الهدية إلى إنسان عن «۴» إذن المهدى، فالأقرب الاعتماد؛ لتسامح السلف فيه «۵»، انتهى كلامه رفع مقامه.

[لا فرق فى معاملة الصبى بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة]

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا: أنّه لا فرق فى معاملة الصبى بين أن تكون فى الأشياء اليسيرة أو الخطيرة؛ لما عرفت من عموم النصّ و الفتوى حتّى أنّ العلّامة فى التذكرة لمّا ذكر حكاية «أنّ أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبيّ فأرسله»، ردّها بعدم الثبوت و عدم الحجّية، و توجيهه بما يخرجه عن محلّ الكلام «۶».

و به يظهر ضعف ما عن المحدّث الكاشانى: من أنّ الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما «۷» جرت العادة به من الأشياء اليسيرة؛ دفعاً للحرج «۸»، انتهى.

---

(۱) هذه العبارة للسيّد العاملى فى مفتاح الكرامة.

(۲) هذا الفرع ذكره العلّامة فى النهاية، و نقله السيّد العاملى بتصرّف.

(۳) فى المصدر: أوصل.

(۴) فى غير «ف» و «ش»: من.

(۵) انظر التذكرة ۱: ۴۶۲، و نهاية الإحكام ۲: ۴۵۴ ۴۵۵، و مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۲.

(۶) التذكرة ۲: ۸۰.

(۷) فى «ف»: لما.

(۸) مفاتيح الشرائع ۳: ۴۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۸۷

فإنّ الحرج ممنوع، سواء أراد أنّ الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة فى المحقّرات و التزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنّه يلزم من التجنّب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء فى الأشياء الحقيرة.

ثمّ لو «۱» أراد استقلاله فى البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الوليّ ليكون حاصله أنّه غير محجورٍ عليه فى الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفاً للإجماع.

و أمّا ما ورد فى رواية السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «قال: و نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلم عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعةً بيده»؛ معلّلًا بأنّه «إن لم يجد سرق» «۲»، فمحمولٌ على عوض كسبه من التقاطٍ، أو اجرةٍ عن «۳» إجارةٍ أوقعها الولى أو الصبى بغير إذن الولى، أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الآمر اجرة المثل، فإنّ هذه كلّها ممّا يملكه الصبى، لكن يستحبّ للولى و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبيّ فيها؛ لاحتمال كونها من الوجوه المحرَّمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممّن لا يبالى بالمحرَّمات.

و كيف كان، فالقول المذكور فى غاية الضعف.

[تصحیح المعاملة لو کان الصبی بمنزلة الآلة]

نعم، ربما صحّح سیّد مشایخنا فی الریاض هذه المعاملات إذا

---

(۱) فی «ع» و «ص»: «إن»، و فی نسخة بدلهما: لو.

(۲) الوسائل ۱۲: ۱۱۸، الباب ۳۳ من أبواب ما یکتسب به.

(۳) فی «ف» بدل «عن»: أو.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۸۸

کان الصبی بمنزلة الآلة لمن له أهلیّة التصرّف؛ من جهة استقرار السیرة و استمرارها علی ذلک «۱».

و فیه إشکال، من جهة قوّة احتمال کون السیرة ناشئة من «۲» عدم المبالاة فی الدین، کما فی کثیرٍ من «۳» سیرهم الفاسدة.

و یؤیّد ذلک: ما یری من استمرار سیرتهم علی عدم الفرق بین الممیّزین و غیرهم، و لا بینهم و بین المجانین، و لا بین معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحیث لا یعلم الولیّ أصلًا، و معاملتهم لأولیائهم علی سبیل الآلیة، مع أنّ هذه «۴» ممّا «۵» لا ینبغی الشکّ فی فسادها «۶»، خصوصاً الأخیر.

مع أنّ الإحالة علی ما جرت العادة به کالإحالة علی المجهول؛ فإنّ الذی جرت علیه السیرة هو الوکول إلی کلِّ صبیٍّ ما هو «۷» فطنٌ فیه، بحیث لا یغلب فی المساومة علیه، فیَکِلون إلی من بلغ ستّ سنین «۸» شراءَ باقة بقلٍ، أو بیعَ بیضة دجاجٍ بفَلْسٍ، و إلی من بلغ

---

(۱) الریاض ۱: ۵۱۱.

(۲) فی غیر «ف»: عن.

(۳) لم ترد «کثیر من» فی «ش».

(۴) فی «م»، «ع»، «ص» و «ش»: هذا.

(۵) لم ترد «ممّا» فی «ف».

(۶) فی «ش»: فساده.

(۷) فی «ن»، «خ»، «م» و «ص»: «ماهر»، لکنّ صُحّح فی «ن» بما أثبتناه فی المتن.

(۸) کذا فی «ش» و مصحّحة «ص»، و فی سائر النسخ: من بلغ سنتین.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۸۹

ثمانیة «۱» سنین اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلی من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثیاب، بل الحیوان، بل یکلون إلیه أُمور التجارة فی الأسواق و البلدان، و لا یفرّقون بینه و بین مَن أکمل خمس عشرة سنة، و لا یکِلون إلیه شراء مثل القری و البساتین و بیعها إلّا بعد أن یحصل له التجارب، و لا أظنّ أنّ القائل بالصحّة یلتزم العمل بالسیرة علی هذا التفصیل.

و کیف کان، فالظاهر أنّ هذا القول أیضاً مخالف لما یظهر منهم.

و قد عرفت حکم العلّامة فی التذکرة بعدم جواز ردّ المال إلی الصبیّ إذا دفعه إلی الناقد لینقده، أو المتاع الذی دفعه إلی المقوّم لیقوّمه «۲»، مع کونه غالباً فی هذه المقامات بمنزلة الآلة للولیّ، و کذا حکمه بالمنع من ردّ مال الطفل إلیه بإذن الولیّ، مع أنّه بمنزلة الآلة فی ذلک غالباً.

[دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبى الإباحة لو كان مأذونا و المناقشات فيه]

و قال كاشف الغطاء رحمه اللّه بعد المنع عن «۳» صحّة عقد الصبى أصالة و وكالة ما لفظه: نعم، ثبت الإباحة فى معاملة المميّزين «۴» إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتّى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء خصوصاً فى المحقّرات. ثمّ قال: و لو قيل بتملّك الآخذ منهم لدلالة مأذونيّته فى جميع التصرّفات فيكون موجباً قابلًا، لم يكن بعيداً «۵»، انتهى.

---

(۱) كذا فى النسخ، و المناسب: «ثمانى»، كما فى مصحّحة «ص».

(۲) راجع الصفحة ۲۸۵.

(۳) فى «ف»: من.

(۴) كذا فى «ن» و «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: المتميّزين.

(۵) كشف الغطاء: ۴۹- ۵۰.

أقول «۱»: أمّا التصرّف و المعاملة بإذن الأولياء سواء كان على وجه البيع أو المعاطاة «۲» فهو الذى قد عرفت «۳» أنّه خلاف المشهور و المعروف حتّى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع فى المعاطاة؛ لأنّها تصرّف لا محالة و إن لم تكن بيعاً، بل و لا معاوضة.

و إن أراد بذلك أنّ إذن الولى و رضاه المنكشف بمعاملة الصبىّ هو المفيد للإباحة، لا نفس المعاملة كما ذكره بعضهم فى إذن الولى فى إعارة الصبى «۴» فتوضيحه ما ذكره بعض المحقّقين من تلامذته «۵»، و هو: أنّه لمّا كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتّفق، و كانت مفيدةً لإباحة التصرّف خاصّة كما هو المشهور و جرت عادة الناس بالتسامح فى الأشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم فى التصرّف فيها على الأمارات المفيدة للظنّ بالرضا فى المعاوضات، و كان الغالب فى الأشياء التى يعتمد فيها على قول الصبىّ تعيين «۶» القيمة، أو الاختلاف الذى يتسامح به فى العادة، فلأجل ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبى من صورة البيع و الشراء مع الشروط المذكورة، كما يعتمد عليه فى الإذن فى دخول الدار و فى إيصال الهديّة إذا ظهرت أمارات

---

(۱) لم ترد «أقول» فى غير «ف».

(۲) لم ترد «سواء كان إلى أو المعاطاة» فى «ف».

(۳) راجع أوّل المسألة.

(۴) انظر جامع المقاصد ۶: ۶۵، و المسالك ۵: ۱۳۶.

(۵) هو المحقّق التسترى قدّس سرّه.

(۶) كذا فى أكثر النسخ و المصدر، و فى «ش» و مصحّحة «ن»: تعيّن.

الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهديّة من وجوه، و قد استند فيه فى التذكرة إلى تسامح السلف «۱».

و بالجملة، فالاعتماد فى الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك فى الأخذ و الإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرّف، لا على قول الصبى و معاملته من حيث إنّه كذلك، و كثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذى يدٍ أصلًا، مع شهادة الحال بذلك، كما فى دخول الحمّام و وضع الأُجرة و «۲» عوض الماء التالف فى الصندوق، و كما «۳» فى أخذ الخُضَر الموضوعة للبيع، و شرب ماء السقّائين و وضع القيمة المتعارفة فى الموضع المعدّ لها «۴»، و غير ذلك من الأُمور التى جرت

العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك فى غير المعاوضات من أنواع التصرّفات.

فالتحقيق: أنّ هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب و لا منافياً له، و لا يعتمد على ذلك أيضاً فى مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقّه و أظهر عدم الرضا «۵»، انتهى.

و حاصله: أنّ مناط الإباحة و مدارها فى المعاطاة ليس على وجود تعاطٍ قائمٍ بشخصين، أو بشخصٍ منزَّلٍ منزلة شخصين، بل على تحقّق

(۱) التذكرة ۱: ۴۶۲، و تقدّم عنه فى الصفحة ۲۸۶.

(۲) كلمة «و» من «ف» و المصدر.

(۳) فى «ش»: و كذا.

(۴) كذا فى «ف» و «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: لهما.

(۵) مقابس الأنوار: ۱۱۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۹۲

الرضا من كلٍّ منهما بتصرّف صاحبه فى ماله، حتّى لو فرضنا أنّه حصل مال كلٍّ منهما عند صاحبه باتّفاقٍ كإطارة الريح و نحوها فتراضيا على التصرّف بإخبار صبيٍّ أو بغيره من الأمارات كالكتابة و نحوها كان هذه «۱» معاطاة أيضاً؛ و لذا يكون «۲» وصول الهدية إلى المُهدىَّ إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضا المهدىّ بالتصرف بل التملّك كافياً فى إباحة الهديّة، بل فى تملّكها.

و فيه «۳»: أنّ ذلك حسن، إلّا أنّه موقوف أوّلًا على ثبوت حكم المعاطاة من دون إنشاء إباحةٍ و تمليك، و الاكتفاء «۴» فيها بمجرّد الرضا.

و دعوى حصول الإنشاء بدفع الولىّ المال إلى الصبى، مدفوعة: بأنّه إنشاء إباحةٍ لشخصٍ غير معلوم، و مثله غير معلوم الدخول فى حكم المعاطاة، مع العلم بخروجه عن موضوعها.

و به يفرق بين ما نحن فيه و مسألة إيصال الهديّة بيد الطفل؛ فإنّه يمكن فيه دعوى كون دفعها «۵» إليه للإيصال إباحة أو تمليكاً «۶»، كما ذكر أنّ إذن الولىّ للصبىّ فى الإعارة إذن فى انتفاع المستعير، و أمّا دخول

(۱) كذا فى النسخ، و المناسب: «هذا»، كما فى مصحّحة «ص».

(۲) فى «ش»: كان.

(۳) فى «ف»: ففيه.

(۴) كذا فى «ش» و نسخة بدل «ن»، و فى «ف»: «يكفى»، و فى مصحّحة «ص»: «أن يكتفى»، و فى سائر النسخ: يكتفى.

(۵) كذا فى «ص»، و فى غيرها: دفعه.

(۶) كذا فى «ن»، «ش» و مصحّحة «ص»، و فى سائر النسخ: تملّكاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۹۳

الحمّام و شرب الماء و وضع الأُجرة و القيمة، فلو حكم بصحّتهما «۱» بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرّد المراضاة الخالية عن الإنشاء انحصرت صحّة وساطة الصبىّ فيما يكتفى «۲» فيه بمجرّد «۳» وصول العوضين، دون ما لا يكتفى «۴» فيه.

و الحاصل: أنّ دفع الصبى و قبضه بحكم العدم، فكلّ ما يكتفى فيه بوصول كلٍّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأىّ وجهٍ اتّفق فلا يضرّ مباشرة الصبى لمقدّمات الوصول.

ثمّ إنّ ما ذكر «۵» مختصٌّ بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبيّ وليّاً كان أم غيره.

و أمّا ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً «۶»: من صيرورة الشخص «۷» موجباً قابلًا «۸»، ففيه:

أوّلًا: أنّ تولّى وظيفة الغائب و هو من أذن للصغير إن كان

---

(۱) فى غير «ش»: بصحّتها.

(۲) و فى «ش»: «يكفى».

(۳) كذا فى «ص»، و فى غيرها: مجرّد.

(۴) كذا فى «ص»، و فى غيرها: مجرّد.

(۵) يعنى ما ذكره كاشف الغطاء و تلميذه المحقّق التسترى قدّس سرّهما فى تصحيح معاملات الصبىّ.

(۶) تقدّم نصّ كلامه فى الصفحة ۲۸۹.

(۷) كذا فى «ش»، «ص» و مصحّحة «ن»، و فى مصحّحة «خ»: «أحد الشخصين»، و فى سائر النسخ: الشخصين.

(۸) فى غير «ف»: و قابلًا.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۹۴

بإذنٍ منه، فالمفروض انتفاؤه، و إن كان بمجرّد «۱» العلم برضاه، فالاكتفاء به فى الخروج عن موضوع الفضولى مشكل، بل ممنوع.

و ثانياً: أنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عمّن أذن للصبى.

ثمّ إنّه لا وجه لاختصاص ما ذكروه من الآليّة بالصبى، و لا بالأشياء الحقيرة، بل هو جارٍ فى المجنون و السكران بل البهائم، و «۲» فى الأُمور الخطيرة؛ إذ المعاملة إذا كانت فى الحقيقة بين الكبار و كان الصغير آلة، فلا فرق فى الآليّة بينه و بين غيره.

نعم، من تمسّك فى ذلك بالسيرة من غير أن يتجشّم لإدخال ذلك تحت القاعدة، فله تخصيص ذلك بالصبى؛ لأنّه المتيقّن من موردها، كما أنّ ذلك مختصّ بالمحقّرات.

---

(۱) كذا فى «ش»، و فى غيره: مجرّد.

(۲) الواو» من «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۲۹۵

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفّظان به.

اشارة

و اشتراط القصد بهذا المعنى فى صحّة العقد بل فى تحقّق مفهومه ممّا لا خلاف فيه و لا إشكال، فلا يقع من دون قصدٍ إلى اللفظ كما فى الغالط. أو إلى المعنى لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلّق إرادته «۱» و إن «۲» أوجد مدلوله بالإنشاء، كما فى الأمر الصورى فهو «۳» شبيه الكذب فى الإخبار كما فى الهازل. أو قصد معنى يغاير مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام. أو أنشأ معنىً غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، و لا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصّة.

ثمّ إنّه ربما يقال بعدم تحقّق القصد فى عقد الفضولى و المكره كما صرّح به فى المسالك، حيث قال: إنّهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله «۴».

(۱) فی «ص» زیادة «به» تصحیحاً.

(۲) فی مصحّحة «ن»: بأن.

(۳) لم ترد «فهو» فی «ف».

(۴) المسالک ۳: ۱۵۶، نقلًا بالمعنی.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۹۶

و فیه: أنّه لا دلیل علی اشتراط أزید من القصد المتحقّق فی صدق مفهوم العقد؛ مضافاً إلی ما سیجیء فی أدلّة الفضولی «۱»، و أمّا معنی ما فی المسالک فسیأتی فی اشتراط الاختیار «۲».

[کلام صاحب المقابس فی اعتبار تعیین المالکین و المناقشات فیه]

و اعلم أنّه ذکر بعض المحقّقین ممّن عاصرناه «۳» کلاماً فی هذا المقام، فی أنّه هل یعتبر تعیین المالکین اللذین یتحقّق النقل و الانتقال «۴» بالنسبة إلیهما، أم لا؟ و ذکر، أنّ فی المسألة أوجهاً و أقوالًا، و أنّ المسألة فی غایة الإشکال، و أنّه قد اضطربت فیها کلمات الأصحاب قدّس اللّه أرواحهم فی تضاعیف أبواب الفقه. ثمّ قال:

و تحقیق المسألة: أنّه إن توقّف تعیّن المالک علی التعیین حال العقد؛ لتعدّد وجه وقوعه الممکن شرعاً، اعتبر تعیینه فی النیّة، أو مع اللفظ «۵» به أیضاً کبیع الوکیل و الولی العاقد عن اثنین فی بیعٍ واحد، و الوکیل عنهما «۶» و الولیّ علیهما فی البیوع المتعدّدة، فیجب أن یعیّن من یقع له البیع أو الشراء، من نفسه أو غیره، و أن یمیّز البائع من المشتری إذا أمکن الوصفان فی کلٍّ منهما.

(۱) یجیء فی الصفحة ۳۷۲.

(۲) یجیء فی الصفحة ۳۰۷.

(۳) هو المحقّق التستری.

(۴) فی غیر «ش»: أو الانتقال.

(۵) فی المصدر: التلفّظ.

(۶) کذا فی «ش» و المصدر، و فی مصحّحة «ن»: «منهما»، و فی سائر النسخ: فیهما.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۲۹۷

فإذا عیّن جهة خاصّة تعیّنت، و إن أطلق: فإن کان هناک جهة یصرف إلیها الإطلاق کان کالتعیین کما لو دار الأمر بین نفسه و غیره إذا لم یقصد الإبهام و التعیین بعد العقد و إلّا وقع لاغیاً، و هذا جارٍ فی سائر العقود من النکاح و غیره.

و الدلیل علی اشتراط التعیین و لزوم متابعته فی هذا القسم: أنّه لولا ذلک لزم بقاء الملک بلا مالکٍ معیّنٍ «۱» فی نفس الأمر، و أن لا یحصل الجزم بشیءٍ من العقود التی لم یتعیّن فیها «۲» العوضان، و لا بشیءٍ من الأحکام و الآثار المترتّبة علی ذلک، و فساد ذلک ظاهر.

و لا دلیل علی تأثیر التعیین المتعقّب، و لا علی صحّة العقد المبهم؛ لانصراف الأدلّة إلی الشائع المعهود «۳» من الشریعة و العادة، فوجب الحکم بعدمه «۴».

و علی هذا، فلو شری «۵» الفضولی لغیره فی الذمّة، فإن عیّن ذلک الغیر تعیّن و وقف علی إجازته، سواء تلفّظ بذلک أم نواه، و إن أبهم مع قصد الغیر بطل، و لا یوقف إلی أن یوجد له مجیز إلی أن قال-: و إن لم یتوقّف تعیّن «۶» المالک علی التعیین حال العقد بأن

يكون العوضان

---

(١) كلمة «معيّن» من «ش» و المصدر.

(٢) في «ش»: فيه.

(٣) في «ش»: «المعروف»، طبقاً للمصدر.

(۴) عبارة «من الشريعة إلى بعدمه» من «ش» و المصدر.

(۵) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: اشترى.

(۶) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «تعيين»، إلّا أنّه صُحّح في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٢٩٨

معيّنين، و لا يقع العقد فيهما على وجهٍ يصحّ إلّا لمالكهما، ففى وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، و عدمه فيصحّ، أوجه، أقواها «١» الأخير، و أوسطها الوسط، و أشبهها للأُصول الأوّل.

و في حكم التعيين ما إذا «٢» عيّن المال بكونه في ذمّة زيدٍ مثلًا.

و على الأوسط:

لو باع مال نفسه عن الغير، وقع عنه و لغى قصد كونه عن الغير.

و لو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان وكيلًا عن زيد صحّ عنه، و إلّا وقف على إجازته.

و لو اشترى لنفسه بمالٍ في ذمّة زيد، فإن لم يكن وكيلًا عن زيد وقع عنه و تعلّق المال بذمّته، لا عن زيد؛ ليقف على إجازته، و إن كان وكيلًا فالمقتضى لكلٍّ من العقدين منفرداً موجود، و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما، و لمّا لم يتعيّن احتمل البطلان؛ للتدافع، و صحّته عن نفسه؛ لعدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة، و عن الموكل؛ لتعيّن العوض في ذمّة الموكل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعيّن.

و لو اشترى عن زيد بشيءٍ في ذمّته فضولًا و لم يجز، فأجاز عمرو، لم يصحّ عن أحدهما.

---

(١) في المصدر: أحوطها.

(٢) في «ش»: المعيّن إذا ما.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٢٩٩

و قس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب، و لا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النيّة المخالفة و التسمية، و يفرّق بينهما على الأخير، و يبطل الجميع على الأوّل «١»، انتهى كلامه رحمه اللّه «٢».

أقول: مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كلٍّ من العوضين في ملك مالك الآخر، و إلّا لم يكن كلٌّ منهما عوضاً و بدلًا.

و على هذا، فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك، إلّا أنّ ملكيّة العوض و ترتّب آثار الملك عليه قد يتوقّف على تعيين المالك؛ فإنّ من الأعواض ما يكون متشخّصاً بنفسه في الخارج كالأعيان. و منها ما لا يتشخّص إلّا بإضافته إلى مالك ك «ما في الذمم»؛ لأنّ «٣» ملكيّة الكلّي لا يكون «۴» إلّا مضافاً إلى ذمّة، و إجراء أحكام الملك على ما في ذمّة الواحد المردّد بين شخصين فصاعداً غير معهود.

فتعيين «۵» الشخص في الكلّي إنّما يحتاج إليه لتوقّف اعتبار ملكيّة ما في الذمم على تعيين «۶» صاحب الذمّة.

فصحّ على ما ذكرنا أنّ تعيين المالك مطلقاً غير معتبرٍ سواء في

(١) مقابس الأنوار: ١١٥ ١١۶.

(٢) الترحيم من «ف».

(٣) فى «ف»، «خ»، «ع» و «ص»: و لأنّ.

(۴) كذا، و المناسب: لا تكون.

(۵) كذا فى «ف»، «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: فتعيّن.

(۶) فى «ف» بدل «على تعيين»: على اعتبار.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٠٠

العوض المعيّن أو فى «١» الكلّى، و أنّ اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة فى الشقّ الأوّل من تفصيله «٢» إنّما هو لتصحيح ملكيّة العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقّف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكاً، فإنّ من اشترى لغيره فى الذمّة إذا لم يعيّن الغير لم يكن الثمن مِلكاً؛ لأنّ ما فى الذمّة ما لم يضف إلى شخصٍ معيّن لم يترتّب عليه أحكام المال: من جعله ثمناً أو مثمناً، و كذا الوكيل أو الولى العاقد عن اثنين؛ فإنّه إذا جعل العوضين فى الذمّة بأن قال: «بعت عبداً بألف»، ثمّ قال: «قبلت» فلا يصير العبد قابلًا للبيع، و لا الألف قابلًا للاشتراء به حتّى يُسنِد كلّا منهما إلى معيّن، أو إلى نفسه من حيث إنّه نائب عن ذلك المعيّن، فيقول: «بعت عبداً من مال فلان بألف من مال فلان» فيمتاز البائع عن المشترى.

و أمّا ما ذكره من الوجوه الثلاثة «٣» فيما إذا كان العوضان معيّنين، فالمقصود إذا كان هى المعاوضة الحقيقيّة التى قد عرفت أنّ من لوازمها العقليّة دخول العوض فى ملك مالك المعوّض تحقيقاً لمفهوم العوضيّة و البدليّة، فلا حاجة إلى تعيين من يُنقل عنهما و إليهما العوضان، و إذا

(١) فى «ف»: و فى.

(٢) يعنى تفصيل صاحب المقابس، و المراد من الشقّ الأوّل هو ما أفاده بقوله: «إن توقّف تعيّن المالك على التعيين»، راجع الصفحة ٢٩۶.

(٣) إشارة إلى ما ذكره صاحب المقابس فى الشقّ الثانى من تفصيله، و هو قوله: «ففى وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، و عدمه فيصحّ ..»، راجع الصفحة ٢٩٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٠١

لم يقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد؛ فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذى ملّكه المعوّض «١» فقال: «ملّكتك فرسى هذا بحمار عمرو»، فقال المخاطب: «قبلت»، لم يقع البيع لخصوص المخاطب؛ لعدم مفهوم المعاوضة معه، و فى وقوعه اشتراءً فضوليّاً لعمرو كلامٌ يأتى.

و أمّا ما ذكره من مثال «مَن باع مال نفسه عن غيره» «٢» فلا إشكال فى عدم وقوعه عن غيره، و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير؛ لأنّه أمر غير معقول لا يتحقّق القصد إليه حقيقة، و هو معنى لغويّته؛ و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجىء و لا يقع عن نفسه أبداً.

نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له «٣»، لكن لا- من حيث إيقاعه أوّلًا لنفسه؛ فإنّ القائل به لا يفرّق حينئذٍ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه.

إلّا أن يقال: إنّ وقوع بيع مال نفسه لغيره «۴» إنّما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية، لِمَ لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته

(۱) فی «ف» و «خ»: العوض.

(۲) راجع الصفحة ۲۹۸.

(۳) الظاهر أنّ القائل به کثیر، منهم: المحقّق القمّی فی الغنائم: ۵۵۴ ناسباً إلی الأکثر، و منهم: کاشف الغطاء فی شرحه علی القواعد، حیث قال فی ذیل کلام العلّامة: «و کذا لو باع مال غیره ثمّ ملکه»: «و الأقوی عدم الاشتراط»، راجع شرح القواعد (مخطوط): الورقة ۶۱.

(۴) فی «ف»: بیع مال الغیر لغیره.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۰۲

من البیع المبادلة الحقیقیة، أو علی تنزیل الغیر منزلة نفسه فی مالکیّة المبیع کما سیأتی أنّ المعاوضة الحقیقیّة «۱» فی بیع «۲» الغاصب لنفسه لا یتصوّر إلّا علی هذا الوجه؟ و حینئذٍ فیحکم ببطلان المعاملة؛ لعدم قصد المعاوضة الحقیقیّة مع المالک الحقیقی.

و من هنا ذکر العلّامة «۳» و غیره «۴» فی عکس المثال المذکور: أنّه لو قال المالک للمرتهن: «بعه لنفسک» بطل، و کذا لو دفع مالًا إلی من یطلبه الطعام و قال: اشترِ به لنفسک طعاماً.

هذا، و لکنّ الأقوی صحّة المعاملة المذکورة و لغویة القصد المذکور؛ لأنّه راجعٌ إلی إرادة إرجاع فائدة البیع إلی الغیر، لا جعله أحد رکنَی المعاوضة.

و أمّا حکمهم ببطلان البیع فی مثال الرهن و اشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أنّ المخاطب إذا قال: «بعته لنفسی»، أو «اشتریته لنفسی» لم یقع لمالکه إذا أجازه.

و بالجملة، فحکمهم بصحّة بیع الفضولی و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالک، یدلّ علی عدم تأثیر قصد وقوع البیع لغیر المالک.

ثمّ إنّ ما ذکرنا کلّه حکم وجوب تعیین کلٍّ من البائع و المشتری من یبیع له و یشتری له.

(۱) لم ترد «أو علی تنزیل الغیر إلی المعاوضة الحقیقیة» فی «ف».

(۲) فی «ف»: فبیع.

(۳) القواعد ۱: ۱۵۱ و ۱۶۶.

(۴) مثل الشهید فی الدروس ۳: ۲۱۱ و ۴۰۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۰۳

[هل یعتبر تعیین الموجب للمشتری و القابل للبائع؟]

اشارة

و أمّا تعیین الموجب لخصوص المشتری المخاطب «۱»، و القابل لخصوص البائع، فیحتمل اعتباره، إلّا فیما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لکلٍّ من المتخاطبین کما فی غالب البیوع و الإجارات فحینئذٍ یراد من ضمیر المخاطب «۲» فی قوله: «ملّکتک کذا أو منفعة «۳» کذا بکذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعمّ من کونه مالکاً حقیقیّا أو جعلیّاً کالمشتری الغاصب أو من هو بمنزلة المالک بإذن أو ولایة.

و یحتمل عدم اعتباره «۴» إلّا فیما «۵» علم من الخارج إرادة خصوص الطرفین، کما فی النکاح، و الوقف الخاصّ، و الهبة، و الوکالة، و الوصیّة.

[مختار المؤلف و دلیله]

و الأقوی «۶» هو الأوّل؛ عملًا بظاهر الکلام الدالّ علی قصد الخصوصیّة، و تبعیّة العقود للقصود.

و علی فرض القول بالثانی «۷»، فلو صرّح بإرادة خصوص المخاطب اتّبع قصده، فلا یجوز للقابل أن یقبل عن غیره.

---

(۱) کلمة «المخاطب» من «ف» و «ش» و مصحّحة «ن».

(۲) فی «ف»: الخطاب.

(۳) فی «ف» بدل «منفعة»: بعته.

(۴) العبارة فی «ف» هکذا: و یحتمل اعتباره.

(۵) کلمة «فیما» من «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، نعم ورد فی مصحّحة «خ» و «ص» بدل «فیما»: إذا.

(۶) فی «ن»، «م»، «ع» و «ش»: الأقوی.

(۷) کذا فی «ف»، و فی غیرها: الثانی.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۰۴

قال فی التذکرة: لو باع الفضولی أو اشتری مع جهل الآخر، فإشکالٌ، ینشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تملیک العاقد «۱».

و هذا الإشکال و إن کان ضعیفاً مخالفاً للإجماع و السیرة إلّا أنّه مبنیّ «۲» علی ما ذکرنا من مراعاة ظاهر الکلام.

[کلام العلامة فی الفرق بین البیع و شبهه و بین النکاح و المناقشة فیه]

و قد یقال فی الفرق بین البیع و شبهه و بین النکاح: إنّ الزوجین فی النکاح کالعوضین فی سائر العقود، و یختلف الأغراض باختلافهما «۳»، فلا بدّ من التعیین و توارد الإیجاب و القبول علی أمرٍ واحد، و لأنّ «۴» معنی قوله: «بعتک کذا بکذا» رضاه بکونه مشتریاً للمال المبیع، و المشتری یطلق علی المالک و وکیله، و معنی قولها: «زوّجتک نفسی» رضاها بکونه زوجاً، و الزوج لا یطلق علی الوکیل «۵»، انتهی.

و یرد علی الوجه الأوّل من وجهی الفرق: أنّ کون الزوجین کالعوضین إنّما یصحّ «۶» وجهاً «۷» لوجوب التعیین فی النکاح، لا لعدم وجوبه فی البیع؛ مع أنّ الظاهر أنّ ما ذکرنا من الوقف و إخوته «۸»

---

(۱) التذکرة ۱: ۴۶۳.

(۲) کذا فی «خ»، «ع» و «ص»، و فی سائر النسخ: «مبتیّة»، و لا یبعد أن تکون مصحّفة «متبةٌ» کما فی نسخة بدل «ش».

(۳) کذا فی «ص» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: باختلافها.

(۴) فی «ن»: و أنّ.

(۵) قاله المحقّق التستری فی مقابس الأنوار: ۱۱۵.

(۶) فی مصحّحة «ص»: یصلح.

(٧) كلمة «وجهاً» من «ش» و مصحّحة «ن».

(٨) أى الهبة و الوكالة و الوصيّة، على ما تقدّم فى الصفحة السابقة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٠٥

كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولى، فلا بدّ من وجهٍ مطّردٍ فى الكلّ.

و على الوجه الثانى: أنّ معنى «بعتك» فى لغة العرب كما نصّ عليه فخر المحقّقين و غيره هو ملّكتك بعوض «١»، و معناه جعل المخاطب مالكاً، و من المعلوم أنّ المالك لا يصدق على الولىّ و الوكيل و الفضولى.

[الأولى فى الفرق بين النكاح و البيع]

فالأولى فى الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب فى البيع و الإجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعمّ من كونه أصالة أو عن الغير، و لا ينافى ذلك عدم سماع قول المشترى فى دعوى كونه غير أصيل فتأمّل بخلاف النكاح و ما أشبهه؛ فإنّ الغالب قصد المتكلّم للمخاطب من حيث إنّه ركن للعقد، بل ربما يستشكل فى صحّة أن يراد من «٢» القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل «٣»، كما لو قال: «زوّجتك» مريداً له «۴» باعتبار كونه وكيلًا عن الزوج، و كذا قوله: «وقفت عليك» و «أوصيت لك» و «وكّلتك»، و لعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها، فلا يقال للوكيل: الزوج،

---

(١) لم نعثر عليه بعينه، نعم حكى السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة (۴: ١۵٢) عن شرح الإرشاد لفخر المحقّقين: «أنّ بعت فى لغة العرب بمعنى ملّكت غيرى»، كما تقدّم فى الصفحة ١٢ و غيرها.

(٢) فى مصحّحة «ن»: مع.

(٣) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: الأصل.

(۴) لم ترد «له» فى «ن» و «م».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٠۶

و لا الموقوف عليه، و لا الموصى له، و لا الوكيل «١»، بخلاف البائع و المستأجر، فتأمّل؛ حتّى لا يتوهّم رجوعه «٢» إلى ما ذكرنا سابقاً «٣» و اعترضنا عليه «۴».

---

(١) فى «ش»: الموكّل.

(٢) ضمير «رجوعه» راجع إلى ما ذكره بقوله: فالأولى فى الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب .. إلخ.

(٣) إشارة إلى ما تقدّم فى الصفحة ٣٠۴ بقوله: «و قد يقال فى الفرق بين البيع و شبهه .. إلخ»، و المراد من الاعتراض عليه ما تقدّم فى الصفحة السابقة من قوله: «و على الوجه الثانى: إنّ معنى بعتك .. إلخ».

(۴) جملة «و اعترضنا عليه» لم ترد فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٠٧

مسألة و من شرائط المتعاقدين: الاختيار،

اشارة

و المراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفسٍ، فى مقابل الكراهة و عدم طيب النفس، لا الاختيار فى مقابل الجبر.

[ما يدل على اشتراط الاختيار]

و يدلّ عليه قبل الإجماع قوله تعالى إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ «۱».

و قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلّا عن طيب نفسه» «۲».

و قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم فى الخبر المتّفق عليه بين المسلمين: «رُفع أو وُضع عن أُمّتى تسعة أشياء أو ستّة .. و منها: ما اكرهوا عليه» «۳».

(۱) النساء: ۲۹.

(۲) عوالى اللآلى ۲: ۱۱۳، الحديث ۳۰۹.

(۳) انظر الوسائل ۵: ۳۴۵، الباب ۳۰ من أبواب الخلل، الحديث ۲، و ۱۱: ۲۹۵، الباب ۵۶ من أبواب جهاد النفس، الحديث الأوّل، و ۱۶: ۱۴۴، الباب ۱۶ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۰۸

و ظاهره و إن كان رفع المؤاخذة، إلّا أنّ استشهاد الإمام عليه السلام به فى رفع بعض الأحكام الوضعيّة يشهد لعموم «۱» المؤاخذة فيه لمطلق الإلزام عليه بشى‌ءٍ.

ففى صحيحة البزنطى، عن أبى الحسن عليه السلام: «فى الرجل يستكره على اليمين» فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك، أ يلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلم: وضع عن أُمّتى ما اكرهوا عليه، و ما لم يطيقوا، و ما أخطأوا» «۲».

و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلّا أنّ مجرّد استشهاد الإمام عليه السلام فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه، يدلّ على أنّ المراد بالنبوى «۳» ليس رفع «۴» خصوص المؤاخذة و العقاب الأُخروى.

هذا كلّه، مضافاً إلى الأخبار الواردة فى طلاق المكره «۵» بضميمة عدم الفرق.

[المراد من قولهم المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله]

ثمّ إنّه يظهر من جماعة منهم الشهيدان «۶»-: أنّ المكره قاصد

(۱) فى «ف»: بعموم.

(۲) الوسائل ۱۶: ۱۳۶، الباب ۱۲ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ۱۲.

(۳) لم ترد «بالنبوى» فى «ف».

(۴) كلمة «رفع» من «ف» فقط.

(۵) انظر الوسائل ۱۵: ۳۳۱، الباب ۳۷ من أبواب مقدّمات الطلاق، و الصفحة ۲۹۹، الباب ۱۸ من نفس الأبواب، الحديث ۶.

(۶) انظر الدروس ۳: ۱۹۲، و المسالك ۳: ۱۵۶، و الروضة البهية ۳: ۲۲۶ ۲۲۷.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۰۹

إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلّامة.

و ليس مرادهم أنّه لا قصد له إلّا إلى مجرّد التكلّم، كيف! و الهازل الذى هو دونه فى القصد قاصد للمعنى قصداً صورياً، و الخالى عن القصد إلى غير التكلّم هو من يتكلّم تقليداً أو تلقيناً، كالطفل الجاهل بالمعانى.

فالمراد بعدم قصد المكره: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد فى الخارج، و أنّ الداعى له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج «۱»، لا أنّ كلامه الإنشائى مجرّد عن المدلول، كيف! و هو معلولٌ للكلام «۲» الإنشائى إذا كان مستعملًا غير مهمل.

و هذا الذى ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمّلٍ فى معنى الإكراه لغةً و عرفاً و أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الإكراه التى لا تستقيم «۳» مع ما توهمه «۴»، من خلوّ المكرَه عن قصد مفهوم اللفظ «۵» و جعله مقابلًا للقصد، و حكمهم بعدم وجوب التورية فى التفصّى

(۱) وردت العبارة فى «ف» مختصرة هكذا: فالمراد عدم وقوع مضمونه فى الخارج.

(۲) كذا فى «ف»، و فى غيرها: الكلام.

(۳) فى «م» و «ش»: لا يستقيم.

(۴) أى توهمه عبارة الجماعة، منهم: العلّامة و الشهيدان، و فى مصحّحة «ن»: توهم.

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصارى، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ۶ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)؛ ج۳، ص: ۳۰۹

(۵) لم ترد «التى لا تستقيم إلى مفهوم اللفظ» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۱۰

عن الإكراه «۱» و صحّة بيعه «۲» بعد الرضا «۳»، و استدلالهم «۴» له بالأخبار الواردة فى طلاق المكره و أنّه لا طلاق إلّا مع إرادة الطلاق «۵»، حيث إنّ المنفيّ صحّة الطلاق، لا تحقّق مفهومه لغةً و عرفاً، و فى ما ورد فيمن طلّق مداراةً بأهله «۶»، إلى ذلك، و فى أنّ مخالفة بعض العامّة فى وقوع الطلاق إكراهاً «۷»، لا ينبغى أن تحمل على الكلام المجرّد عن قصد المفهوم، الذى لا يسمّى خبراً و لا إنشاءً و غير ذلك، ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود فى المكره هو: القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه فى الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام.

و يكفى فى ذلك ما ذكره الشهيد الثانى: من أنّ المكره و الفضولى قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله «۸»، نعم ذكر فى التحرير و المسالك فى

(۱) انظر الروضة البهيّة ۶: ۲۱، و المسالك ۹: ۲۲، و نهاية المرام: ۲: ۱۲، و الجواهر ۳۲: ۱۵.

(۲) كما ادّعى الاتّفاق ظاهراً فى الحدائق ۱۸: ۳۷۳، و الرياض ۱: ۵۱۱. و فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۳، و الجواهر ۲۲: ۲۶۷ نسبتها إلى المشهور.

(۳) فى «ف» زيادة: به.

(۴) كما استدلّ به المحقّق النراقى فى المستند ۲: ۳۶۴.

(۵) راجع الوسائل ۱۵: ۳۳۱، الباب ۳۷ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(۶) الوسائل ۱۵: ۳۳۲، الباب ۳۸ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(۷) خالف فی ذلک أبو حنیفة و أصحابه، انظر بدایة المجتهد ۲: ۸۱، و المغنی لابن قدامة ۷: ۱۱۸.

(۸) کما تقدّم عنه فی الصفحة ۲۹۵ و ۳۰۸.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۱۱

فروع المسألة ما یوهم ذلک «۱»، قال فی التحریر: لو اکره علی الطلاق فطلّق ناویاً، فالأقرب وقوع الطلاق، إذ لا إکراه علی القصد «۲»، انتهی.

و بعض المعاصرین «۳» بنی هذا الفرع علی تفسیر القصد بما ذکرنا من متوهَّم کلامهم، فردّ علیهم بفساد المبنی، و عدم وقوع الطلاق فی الفرض المزبور، لکنّ المتأمّل یقطع بعدم إرادتهم لذلک، و سیأتی ما یمکن توجیه الفرع المزبور به «۴».

[حقیقة الإکراه]

ثمّ إنّ حقیقة الإکراه لغةً و عرفاً: حمل الغیر علی ما یکرهه، و یعتبر فی وقوع الفعل عن «۵» ذلک الحمل: اقترانه بوعید منه «۶» مظنون الترتّب علی ترک «۷» ذلک الفعل، مضرٍّ بحال الفاعل أو متعلّقه نفساً أو عِرضاً أو مالًا.

فظهر من ذلک: أنّ مجرّد الفعل لدفع الضرر المترتّب علی ترکه لا یُدخِله فی «المکره علیه»، کیف! و الأفعال الصادرة من العقلاء کلّها أو جلّها ناشئة عن دفع الضرر، و لیس دفع مطلق الضرر الحاصل من

---

(۱) انظر المسالک ۹: ۲۲.

(۲) التحریر ۲: ۵۱.

(۳) انظر الجواهر ۳۲: ۱۵.

(۴) یأتی فی الصفحة ۳۲۵.

(۵) فی غیر «ف» و «ن»: من.

(۶) کذا فی «ف» و «ش»، و فی غیرهما: «بتوعید»، و صُحّح فی «ن» بما أثبتناه، إلّا أنّه شطب فیها علی «منه».

(۷) لم ترد «ترک» فی «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۱۲

إیعاد شخص یوجب صدق «المکره» علیه، فإنّ من اکره علی دفع مالٍ و توقّف علی بیع بعض أمواله، فالبیع الواقع منه لبعض أمواله و إن کان لدفع الضرر المتوعّد به علی عدم دفع ذلک المال و لذا یرتفع التحریم عنه لو فرض حرمته علیه لحلف أو شبهه- إلّا أنّه لیس مُکرَهاً علیه «۱».

فالمعیار فی وقوع الفعل مُکرَهاً علیه: سقوط الفاعل من أجل الإکراه المقترن بإیعاد الضرر عن الاستقلال فی التصرّف؛ بحیث لا تطیب نفسه بما یصدر منه و لا یتعمّد «۲» إلیه عن رضا و إن کان یختاره لاستقلال العقل بوجوب اختیاره؛ دفعاً للضرر أو ترجیحاً لأقلّ الضررین، إلّا أنّ هذا المقدار لا یوجب طیب نفسه به؛ فإنّ النفس مجبولة علی کراهة ما یحمله غیره علیه مع الإیعاد علیه بما یشقّ «۳» تحمّله.

و الحاصل: أنّ الفاعل قد یفعل لدفع الضرر، لکنّه مستقلّ فی فعله و مخلّی و طبعه فیه بحیث یطیب نفسه بفعله و إن کان من باب علاج الضرر، و قد یفعل لدفع ضرر إیعاد الغیر علی ترکه، و هذا ممّا لا یطیب النفس به، و ذلک معلوم بالوجدان.

[هل يعتبر عدم إمكان التفصى عن الضرر بما لا ضرر فيه]

اشارة

ثمّ إنّه هل يعتبر فى موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصّى

---

(۱) عليه» من «ف» فقط.

(۲) فى «خ»، «ع» و «ص»: يعتمد.

(۳) كذا فى «ف» و «ش»، و فى «م» و «ع»: «لا يشقّ»، و فى «ن»، «خ» و «ص» محلّ كلمة «لا» بياض.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۱۳

عن الضرر المتوعّد به بما لا يوجب «۱» ضرراً آخر كما حكى عن جماعة «۲» أم لا؟

[عدم اعتبار العجز عن التورية]

الـذى يظهر من النصوص «۳» و الفتـاوى عـدم اعتبـار العجز عن التوريـة؛ لأنّ حمل عموم رفع الإكراه و خصوص النصوص الواردة فى طلاق المكره و عتقه «۴» و معاقد الإجماعات و الشهرات المدّعاة فى حكم المكرَه على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة، بعيد جـدّاً، بل غير صـحيح فى بعضـها من جهـة المورد، كما لا يخفى على من راجعها، مع أنّ القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيّز الإكراه عرفاً.

[هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية]

هـذا، و ربما يسـتظهر من بعض الأخبار عـدم اعتبار العجز عن التفصّـى بوجهٍ آخر غير التوريـة أيضاً فى صـدق الإكراه، مثل روايـة ابن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «لا يمين «۵» فى قطيعة رحم، و لا فى جبر، و لا فى إكراه، قلت: أصـلحك اللّه! و ما الفرق بين الجبر و الإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، و يكون الإكراه من الزوجة و الأُمّ

---

(۱) فى غير «ف» و «ن» زيادة: «به»، و شطب عليه فى «ص».

(۲) منهم الشهيد الثانى فى المسالك ۹: ۱۸ ۱۹ و المحدّث البحرانى فى الحدائق ۲۵: ۱۵۹، و المحقّق النراقى فى المستند ۲: ۳۶۴.

(۳) منها حديث الرفع المتقدّم فى الصفحة ۳۰۷.

(۴) انظر الوسائل ۱۵: ۳۲۷، الباب ۳۴ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ۳. و الصفحة ۳۳۱، الباب ۳۷ من نفس الأبواب. و ۱۶: ۲۴، الباب ۱۹ من أبواب كتاب العتق.

(۵) فى المصدر: «لا يمين فى غضب و لا فى قطيعة رحم».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۱۴

و الأب، و لیس ذلک بشیء «۱»» «۲».

و یؤیّده: أنّه لو خرج عن الإکراه عرفاً بالقدرة علی التفصّی بغیر التوریة خرج عنه بالقدرة علیها؛ لأنّ المناط حینئذٍ انحصار التخلّص عن الضرر المتوعّد به «۳» فی فعل المکره علیه، فلا فرق بین أن یتخلّص عنه «۴» بکلامٍ آخر أو فعلٍ آخر، أو «۵» بهذا الکلام مع قصد معنیً آخر.

و دعوی: أنّ جریان حکم الإکراه مع القدرة علی التوریة تعبّدیّ لا من جهة صدق حقیقة الإکراه، کما تری.

[اعتبار العجز عن التخلص بغیر التوریة]

لکنّ الإنصاف: أنّ وقوع الفعل عن «۶» الإکراه لا یتحقّق إلّا مع العجز عن التفصّی بغیر التوریة؛ لأنّه یعتبر فیه أن یکون الداعی علیه هو خوف ترتّب الضرر المتوعّد به علی الترک، و مع القدرة علی التفصّی لا یکون الضرر مترتّباً علی ترک المکره علیه، بل علی ترکه و ترک التفصّی معاً، فدفع الضرر یحصل بأحد الأمرین: من فعل المُکرَه علیه، و التفصّی، فهو مختار فی کلٍّ منهما، و لا یصدر کلٌّ منهما إلّا باختیاره، فلا إکراه.

---

(۱) فی غیر «ص» زیادة: «الخبر»، و الظاهر أنّه لا وجه له؛ لأنّ الحدیث مذکور بتمامه.

(۲) الوسائل ۱۶: ۱۴۳، الباب ۱۶ من أبواب کتاب الأیمان، الحدیث الأوّل.

(۳) لم ترد «به» فی «ش».

(۴) لم ترد «عنه» فی «ش».

(۵) فی «ف» بدل «أو»: و.

(۶) فی «ف»: من.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۳۱۵

و لیس التفصّی من الضرر أحد فردَی المکره علیه، حتّی لا یوجب تخییر الفاعل فیهما سلب الإکراه عنهما، کما لو أکرهه علی أحد الأمرین «۱»، حیث یقع کلٌّ منهما حینئذٍ مکرَهاً «۲»؛ لأنّ الفعل المتفصّی به مسقِط عن المُکرَه علیه، لا بدلٌ له؛ و لذا لا یجری أحکام المکره علیه إجماعاً، فلا یفسد إذا کان عقداً.

و ما ذکرناه و إن کان جاریاً فی التوریة، إلّا أنّ الشارع رخّص فی ترک التوریة بعد عدم إمکان التفصّی بوجهٍ آخر؛ لما ذکرنا من ظهور النصوص و الفتاوی، و بُعدِ حملها علی صورة العجز عن التوریة، مع أنّ العجز عنها لو کان معتبراً لأُشیر إلیها فی تلک الأخبار الکثیرة المجوّزة للحلف کاذباً عند الخوف و الإکراه «۳»، خصوصاً فی قضیّة عمّار و أبویه، حیث اکرهوا علی الکفر، فأبی أبواه فقُتلا، و أظهر لهم عمّار ما أرادوا، فجاء باکیاً إلی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم فنزلت الآیة مَنْ کَفَرَ بِاللّهِ مِنْ بَعْدِ إِیمانِهِ إِلّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِیمانِ «۴» فقال له رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «إن عادوا علیک فعد» «۵». و لم ینبّهه علی التوریة، فإنّ التنبیه فی المقام و إن لم یکن واجباً، إلّا أنّه لا شکّ فی رجحانه،

---

(۱) فی «ف»: أمرین.

(۲) فی «ص» زیادة: «علیه» استدراکاً.

(۳) انظر الوسائل ۱۶: ۱۳۴ و ۱۴۳، الباب ۱۲ و ۱۶ من أبواب کتاب الأیمان.

(۴) النحل: ۱۰۶.

(۵) مجمع البيان ۳: ۳۸۸، و الوسائل ۱۱: ۴۷۶، الباب ۲۹ من أبواب الأمر و النهى، الحديث ۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۱۶

خصوصاً من النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم باعتبار شفقته على عمّار، و علمه بكراهة تكلّم عمّار بألفاظ الكفر من دون تورية، كما لا يخفى.

[الفرق بين إمكان التفصى بالتورية و إمكانه بغيرها]

هذا «۱»، و لكنّ الأولى: أن يفرّق بين إمكان التفصّي بالتورية و إمكانه بغيرها، بتحقّق الموضوع فى الأوّل دون الثانى؛ لأنّ الأصحاب «۲» وفاقاً للشيخ فى المبسوط «۳» ذكروا من شروط تحقّق الإكراه: أن يعلم أو يظنّ المكرَه بالفتح أنّه لو امتنع ممّا «۴» اكره عليه وقع فيما توعّد عليه، و معلوم أنّ المراد ليس امتناعه عنه فى الواقع و لو مع اعتقاد المكرِه بالكسر عدم الامتناع، بل المعيار فى وقوع الضرر: اعتقاد المكرِه لامتناع المكرَه، و هذا المعنى يصدق مع إمكان التورية، و لا يصدق مع التمكّن من التفصّي بغيرها؛ لأنّ المفروض تمكّنه من الامتناع مع اطّلاع المُكرَه عليه و عدم وقوع الضرر عليه.

و الحاصل: أنّ التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذى هو المعتبر فى صدق الإكراه موجود مع التمكّن بالتورية، لا مع التمكّن بغيرها، فافهم «۵».

---

(۱) لم ترد «هذا» فى «ص».

(۲) مثل المحقّق فى الشرائع ۳: ۱۳، و العلّامة فى التحرير ۲: ۵۱، و الشهيد الثانى فى الروضة ۶: ۲۰، و السيّد السند فى نهاية المرام ۲: ۱۱، و المحقّق السبزوارى فى الكفاية: ۱۹۸.

(۳) المبسوط ۵: ۵۱.

(۴) فى «م» و «ع»: ما.

(۵) لم ترد: «هذا و لكن إلى فافهم» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۱۷

[عدم اعتبار العجز فى الإكراه الرافع لأثر المعاملات]

اشارة

ثمّ إنّ ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصّي إنّما هو فى الإكراه المسوِّغ للمحرمات، و مناطه توقّف دفع ضرر المكرِه على ارتكاب المكرَه عليه، و أمّا الإكراه الرافع لأثر المعاملات، فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، و قد يتحقّق مع إمكان التفصّي، مثلًا من كان قاعداً فى مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شي‌ءٍ ممّا عنده و هو فى هذه الحال غير قادرٍ على دفع ضرره و هو كارهٌ للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له فى الخارج خَدَمٌ يكفونه شرّ المكرِه، فالظاهر صدق الإكراه حينئذٍ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشي‌ء، بخلاف من كان خَدَمه حاضرين عنده، و توقّف دفع ضرر

إكراه الشخص على أمر خَدَمه بدفعه و طرده؛ فإنّ هذا لا يتحقّق في حقّه الإكراه، و يكذّب لو ادّعاه، بخلاف الأوّل إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل.

و لو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرّمٍ لم يعذر فيه بمجرّد كراهة الخروج عن ذلك المنزل، و قد «۱» تقدّم الفرق بين الجبر و الإكراه في رواية ابن سنان «۲».

[المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات]

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو: الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الرواية «۳»، و الرافع لأثر المعاملات هو «۴»: الإكراه الذي ذكر

---

(۱) في «ش»: فقد.

(۲) تقدّمت في الصفحة ۳۱۳.

(۳) عبارة «في الرواية» من «ف» و مصحّحتي «ن» و «خ».

(۴) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «و هو»، و محلّ «و» في «ص» بياض.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۱۸

فيها «۱» أنّه قد يكون من الأب و الولد و المرأة، و المعيار فيه: عدم طيب النفس فيها «۲»، لا الضرورة و الإلجاء و إن كان هو المتبادر من لفظ الإكراه؛ و لذا يحمل «۳» الإكراه في حديث الرفع «۴» عليه، فيكون الفرق بينه و بين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض، لكنّ الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس؛ حيث استدلّوا «۵» على ذلك بقوله تعالى تِجارَةً عَنْ تَراضٍ «۶»، و «لا يحلّ مال امرئٍ مسلم «۷» إلّا عن طيب نفسه» «۸»، و عموم اعتبار الإرادة في صحّة الطلاق «۹»، و خصوص ما ورد في فساد «۱۰» طلاق من طلّق للمداراة مع عياله «۱۱».

---

(۱) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و في سائر النسخ: ذكر في تلك الرواية.

(۲) لم ترد «فيها» في «ف».

(۳) كذا في «ن»، «ص» و «ش»، و في «ف»: «نحمل»، و في سائر النسخ: تحمل.

(۴) المتقدّم في الصفحة ۳۰۷.

(۵) انظر مقابس الأنوار: ۱۱۴، و الجواهر ۲۲: ۲۶۵.

(۶) النساء: ۲۹.

(۷) لم ترد «مسلم» في «ف».

(۸) عوالي اللآلي ۲: ۱۱۳، الحديث ۳۰۹.

(۹) انظر الوسائل ۱۵: ۲۸۵، الباب ۱۱ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(۱۰) في «ف» بدل «في فساد»: في خصوص.

(۱۱) انظر الوسائل ۱۵: ۳۳۲، الباب ۳۸ من أبواب مقدّمات الطلاق.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۱۹

فقد تلخّص ممّا ذکرنا: أنّ الإکراه الرافع لأثر الحکم التکلیفی أخصّ من الرافع لأثر الحکم الوضعی.

[الفرق بین الأحکام التکلیفیة و الأحکام الوضعیة]

و لو لوحظ ما هو المناط فی رفع کلٍّ منهما، من دون ملاحظة عنوان الإکراه کانت النسبة بینهما «۱» العموم من وجه؛ لأنّ المناط فی رفع الحکم التکلیفی هو دفع «۲» الضرر، و فی رفع الحکم الوضعی هو عدم الإرادة و طیب النفس،

[لو أکره الشخص علی أحد الأمرین]

و من هنا لم یتأمّل أحدٌ فی أنّه إذا أُکره الشخص علی أحد الأمرین المحرّمین لا بعینه، فکلٌّ منهما وقع فی الخارج لا یتّصف بالتحریم؛ لأنّ المعیار فی رفع «۳» الحرمة دفع «۴» الضرر المتوقّف علی فعل أحدهما، أمّا لو کانا عقدین أو إیقاعین کما لو اکره علی طلاق إحدی زوجتیه، فقد استشکل غیر واحد «۵» فی أنّ ما یختاره من الخصوصیّتین «۶» بطیب نفسه و یرجّحه علی الآخر «۷» بدواعیه النفسانیة الخارجة عن الإکراه «۸»، مکره علیه باعتبار جنسه، أم لا؟ بل

---

(۱) کلمة «بینهما» من «ش».

(۲) فی «ف»: رفع.

(۳) کذا فی «ف»، و فی غیرها: دفع.

(۴) فی «ف»: رفع.

(۵) استشکل فیه العلّامة فی التحریر ۲: ۵۱، و لم نعثر علی مستشکلٍ غیره، نعم فی المسالک ۹: ۲۱ و الحدائق ۲۵: ۱۶۲ ۱۶۳ ما یفید هذا.

(۶) فی «خ»، «م»، «ع» و «ش»: الخصوصیّین.

(۷) عبارة «علی الآخر» وردت فی «ف» و «ص» و هامش «ع» و مصحّحتی «ن» و «خ»، و لم ترد فی غیرها.

(۸) فی «ف»: من الإکراه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۲۰

أفتی فی القواعد بوقوع الطلاق و عدم الإکراه «۱» و إن حمله بعضهم «۲» علی ما إذا قنع المکره بطلاق إحداهما مبهمة.

لکنّ المسألة عندهم غیر صافیة عن الإشکال؛ من جهة مدخلیّة طیب النفس فی اختیار الخصوصیّة و إن کان الأقوی وفاقاً لکلّ من تعرّض للمسألة «۳» تحقّق الإکراه لغةً و عرفاً، مع أنّه لو لم یکن هذا مکرهاً علیه لم یتحقّق الإکراه أصلًا؛ إذ الموجود فی الخارج دائماً إحدی خصوصیّات المکره علیه؛ إذ لا یکاد یتّفق الإکراه بجزئیّ حقیقیّ من جمیع الجهات.

نعم، هذا الفرد مختار فیه من حیث الخصوصیّة، و إن کان مکرهاً علیه من حیث القدر المشترک، بمعنی أنّ وجوده الخارجیّ ناشٍ عن إکراهٍ و اختیار؛ و لذا لا یستحقّ المدح أو الذمّ باعتبار أصل الفعل، و یستحقّه باعتبار الخصوصیّة.

و تظهر الثمرة فیما لو ترتّب أثر علی خصوصیّة المعاملة الموجودة؛ فإنّه لا یرتفع بالإکراه علی القدر المشترک، مثلًا لو أکرهه علی شرب الماء أو شرب الخمر، لم یرتفع تحریم الخمر؛ لأنّه مختار فیه، و إن کان مکرهاً فی أصل الشرب «۴»، و کذا لو أکرهه علی بیع صحیح أو فاسد،

(۱) القواعد ۲: ۶۰.

(۲) نقله المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ۱۱۸ عن بعض الأجلّة، و لكن لم نتحقّقه من هو.

(۳) كالشهيد الثانى فى المسالك ۹: ۲۱، و الروضة البهيّة ۶: ۲۱، و سبطه فى نهاية المرام ۲: ۱۲، و المحدّث البحرانى فى الحدائق ۲۵: ۱۶۳ و غيرهم.

(۴) فى «ف»: فى جنس الشرب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۲۱

فإنّه لا يرتفع أثر الصحيح؛ لأنّه مختار فيه و إن كان مكرهاً فى جنس البيع «۱»، لكنّه «۲» لا يترتّب على الجنس أثرٌ يرتفع بالإكراه.

و من هنا يعلم أنّه لو اكره على بيع مالٍ أو إيفاء مالٍ مستحقّ لم يكن إكراهاً؛ لأنّ القدر المشترك بين الحقّ و غيره إذا أُكره عليه لم يقع باطلًا، و إلّا لوقع الإيفاء أيضاً باطلًا، فإذا اختار البيع صحّ؛ لأنّ الخصوصية غير مكره عليها، و المكره عليه و «۳» هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر.

و لو أكرهه على بيع مالٍ أو أداء مالٍ غير مستحقّ، كان إكراهاً؛ لأنّه لا يفعل البيع إلّا فراراً من بدله أو وعيده المضرَّين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر؛ فإنّ ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأُخروى ببدله أو التضرّر الدنيوى بوعيده.

[لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]

ثمّ إنّ إكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحد بمعنى إلزامه عليهما كفايةً و إيعادهما على تركه كإكراه شخصٍ واحدٍ على أحد الفعلين، فى كون كلٍّ منهما مُكرَهاً.

[صور تعلق الإكراه]

و اعلم أنّ الإكراه: قد يتعلّق بالمالك و العاقد، كما تقدّم، و قد يتعلّق بالمالك دون العاقد، كما لو اكره على التوكيل فى بيع ماله؛ فإنّ العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل فى عقد «۴» الفضولى بعد

(۱) لم ترد «و كذا لو أكرهه إلى جنس البيع» فى «ف».

(۲) فى «ف»: لكن.

(۳) الواو» من «ف» و «خ» فقط.

(۴) فى «م»، «ع»، «ص» و «ش»: العقد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۲۲

ملاحظة عدم تحقّق الوكالة مع الإكراه، و قد ينعكس، كما لو قال: «بع مالى أو طلّق زوجتى و إلّا قتلتك»، و الأقوى هنا الصحّة؛ لأنّ العقد هنا «۱» من حيث إنّه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى «۲» المكره إذا كان عاقداً، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقاً.

و احتمل فى المسالك عدم الصحّة؛ نظراً إلى أنّ الإكراه يُسقِط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنونَ بالطلاق فطلّقها، ثمّ قال: و الفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوبة، بخلاف المكرَه فإنّ عبارته مسلوبة لعارضِ تخلّفِ القصد، فإذا كان الآمر قاصداً لم يقدح إكراه

المأمور «۳»، انتهى. و هو حسن.

و قال «۴» أيضاً: لو اكره الوكيل على الطلاق، دون الموكّل، ففى صحّته وجهان أيضاً «۵»: من تحقّق الاختيار فى الموكّل المالك، و من سلب عبارة المباشر «۶»، انتهى.

و ربما يستدلّ على فساد العقد فى هذين الفرعين بما دلّ على رفع حكم الإكراه.

(۱) لم ترد «هنا» فى «ف».

(۲) فى غير «ش» زيادة: المالك، إلّا أنّه شطب عليها فى «م».

(۳) المسالك ۹: ۲۲.

(۴) لم ترد «قال» فى «ف».

(۵) لم ترد «أيضاً» فى «ف».

(۶) المسالك ۹: ۲۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۲۳

و فيه: ما سيجىء «۱» من أنّه إنّما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الإكراه، و لا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلّم به لولا الإكراه.

و ممّا يؤيّد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحّة بيع المكره بعد لحوق الرضا، و من المعلوم أنّه إنّما يتعلّق بحاصل العقد الذى هو أمر مستمرّ، و هو النقل و الانتقال «۲»، و أمّا التلفّظ بالكلام الذى صدر مكرهاً فلا معنى للحوق الرضا به؛ لأنّ ما مضى و انقطع لا يتغيّر عمّا وقع عليه و لا ينقلب.

نعم «۳»، ربما يستشكل هنا فى الحكم المذكور: بأنّ القصد إلى المعنى و لو على وجه الإكراه شرط فى الاعتناء بعبارة العقد، و لا يعرف إلّا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد فى أفعال العقلاء الاختيارية، دون المكره عليها.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ الكلام بعد إحراز القصد و عدم تكلّم العاقد لاغياً أو مُوَرّياً «۴» و لو كان مُكرَهاً، مع أنّه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمّل.

(۱) يجىء فى الصفحة ۳۳۲ عند قوله: «و ثانياً».

(۲) فى «ف»: مستمرّ بالنقل و الانتقال.

(۳) فى «ف» بدل «نعم»: ثمّ.

(۴) لم ترد «أو مورّياً» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۲۴

«فروع»«۱»

[الإكراه على بيع عبد من عبدين]

لو «۲» أكرهه على بيع واحدٍ غير معيّن من عبدين فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففى التذكرة «۳» إشكال.

أقول: أمّا بيع العبدين، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الأوّل مكرهاً دون الثانى، مع احتمال الرجوع إليه فى التعيين، سواءً ادّعى

العکس، أم لا.

و لو باعهما دفعهً، احتمل صحّهٔ الجمیع؛ لأنّه خلاف المکرَه علیه، و الظاهر أنّه لم یقع شیء منهما عن إکراه، و بطلان الجمیع؛ لوقوع أحدهما مکرَهاً علیه و لا ترجیح، و الأوّل أقوی.

[الإکراه علی معین فضم غیره إلیه]

و لو اکره علی بیع معیّنٍ فضمّ إلیه غیره و باعهما «۴» دفعهً، فالأقوی الصحّهٔ فی غیر ما اکره علیه.

و أمّا مسألهٔ النصف، فإن باع النصف «۵» بقصد بیع «۶» النصف الآخر

---

(۱) فی «ش»: فرع.

(۲) کذا فی «ف» و مصحّحهٔ «ن»، و فی سائر النسخ: و لو.

(۳) التذکرهٔ ۱: ۴۶۲.

(۴) فی «ف»: فباعهما.

(۵) فی غیر «ف» و «ش» زیادهٔ: «بعد الإکراه علی الکلّ»، إلّا أنّه أُشیر فی «ن» إلی زیادتها.

(۶) کلمهٔ «بیع» من «ف» و «ش» و مصحّحهٔ «م» و «ن»، و لم ترد فی غیرها، و فی «ص» بدلها: أن یبیع.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۳۲۵

امتثالًا للمُکرِه بناءً علی شمول الإکراه لبیع المجموع دفعتین فلا إشکال فی وقوعه مکرَهاً علیه، و إن کان لرجاء أن یقنع المکرِه بالنصف کان أیضاً إکراهاً، لکن فی سماع دعوی البائع ذلک مع عدم الأمارات نظر.

[الإکراه علی الطلاق]

اشارهٔ

بقی الکلام فیما وعدنا ذکره «۱» من الفرع المذکور فی التحریر، قال فی التحریر: لو اکره علی الطلاق فطلّق ناویاً، فالأقرب وقوع الطلاق «۲»، انتهی.

و نحوه فی المسالک بزیادهٔ احتمال عدم الوقوع؛ لأنّ الإکراه أسقط أثر اللفظ، و مجرّد النیّهٔ لا حکم لها «۳».

و حکی عن سبطه فی نهایهٔ المرام: أنّه نقله قولًا، و استدلّ علیه بعموم ما دلّ من النصّ و الإجماع علی بطلان عقد المکرَه و الإکراه یتحقّق «۴» هنا؛ إذ المفروض أنّه لولاه لما فعله ثمّ قال: و المسألهٔ محلّ إشکال «۵»، انتهی.

و عن بعض الأجلّهٔ: أنّه لو علم أنّه لا یلزمه إلّا اللفظ و له تجریده عن القصد، فلا شبههٔ فی عدم الإکراه «۶» و إنّما یحتمل «۷» الإکراه مع

---

(۱) فی الصفحهٔ ۳۱۱.

(۲) التحریر ۲: ۵۱.

(۳) المسالک ۹: ۲۲.

(۴) فی مصحّحة «ص» و مقابس الأنوار: متحقّق.

(۵) نهایهٔ المرام ۲: ۱۲، و حکاه المحقّق التستری فی مقابس الأنوار: ۱۱۷.

(۶) إلی هنا تمّ ما أفاده بعض الأجلّهٔ، و هو الفاضل الأصبهانی قدّس سرّه فی کشف اللثام ۲: ۱۱۹، و باقی الکلمات من الحاکی.

(۷) کذا فی أکثر النسخ و المصدر، و فی «ف»: «تحمل علی الإکراه»، و فی مصحّحهٔ «ن»: یحمل علی الإکراه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۳۲۶

عدم العلم بذلک، سواء ظنّ لزوم القصد و إن لم یرده المکره، أم لا «۱»، انتهی.

ثمّ إنّ بعض المعاصرین «۲» ذکر الفرع عن المسالک «۳»، و بناه علی أنّ المکرَه لا قصد له أصلًا، فردّه بثبوت القصد للمکرَه، و جزم بوقوع الطلاق المذکور مکرَهاً علیه.

و فیه: ما عرفت سابقاً: من أنّه لم یقل أحدٌ بخلوّ المُکرَه عن قصد معنی اللفظ، و لیس هذا مراداً من قولهم: إنّ المکره غیر قاصدٍ إلی مدلول اللفظ؛ و لذا شرّک الشهید الثانی بین المُکرَه و الفضولی فی ذلک کما عرفت سابقاً «۴»-، فبناء هذا الحکم فی هذا الفرع علی ما ذکر ضعیف جدّاً.

و کذا ما تقدّم عن بعض الأجلّهٔ: من أنّه إن علم بکفایهٔ مجرّد «۵» اللفظ المجرّد عن النیّهٔ فنوی اختیاراً صحّ؛ لأنّ مرجع ذلک إلی وجوب التوریهٔ علی العارف بها المتفطّن لها؛ إذ لا فرق بین التخلّص بالتوریهٔ و بین تجرید اللفظ عن قصد المعنی بحیث یتکلّم به لاغیاً، و قد عرفت أنّ ظاهر الأدلّهٔ و الأخبار الواردهٔ فی طلاق المکره و عتقه: عدم اعتبار العجز عن التوریهٔ «۶».

---

(۱) حکاه المحقّق التستری فی مقابس الأنوار: ۱۱۷.

(۲) هو صاحب الجواهر قدّس سرّه فی الجواهر ۳۲: ۱۵.

(۳) تقدّم الفرع عن المسالک فی الصفحهٔ السابقهٔ.

(۴) راجع الصفحهٔ ۳۱۰.

(۵) لم ترد «مجرّد» فی «ص»، و شطب علیها فی «ع».

(۶) راجع الصفحهٔ ۳۱۳، قوله: الذی یظهر من النصوص و الفتاوی ..

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۳۲۷

[أقسام الإکراه علی الطلاق، و أحکامها]

و توضیح الأقسام المتصوّرهٔ فی الفرع المذکور:

أنّ الإکراه الملحوق بوقوع الطلاق قصداً إلیه راضیاً به، إمّا أن لا یکون له دخل فی الفعل أصلًا، بأن یوقع الطلاق قصداً إلیه عن طیب النفس، بحیث لا یکون الداعی إلیه هو الإکراه؛ لبنائه علی تحمّل الضرر المتوعّد به، و لا یخفی بداههٔ وقوع الطلاق هنا، و عدم جواز حمل الفرع المذکور «۱» علیه، فلا معنی لجعله فی التحریر أقرب، و ذکر احتمال عدم الوقوع فی المسالک، و جعله قولًا فی نهایهٔ المرام و استشکاله فیه؛ لعموم النصّ و الإجماع.

و کذا لا ینبغی التأمّل فی وقوع الطلاق لو لم یکن الإکراه مستقلا فی داعی الوقوع، بل هو بضمیمهٔ شیءٍ اختیاریّ للفاعل.

و إن کان الداعی هو الإکراه، فإمّا أن یکون الفعل لا من جههٔ التخلّص عن الضرر المتوعّد به، بل من جههٔ دفع الضرر اللاحق للمکرِه بالکسر کمن قال له ولده: «طلّق زوجتک و إلّا قتلتک أو قتلت نفسی» فطلّق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتلِ الغیر له إذا تعرّض لقتل والده، أو کان الداعی علی الفعل شفقهً دینیّهً علی المکرِه بالکسر أو علی المطلّقهٔ، أو علی غیرهما ممّن یرید نکاح الزوجهٔ لئلّا

يقع الناس فی محرّم.

و الحکم فی الصورتين لا يخلو عن إشکال.

و إن کان الفعل لـداعی التخلّص من الضـرر، فقد يکون قصد الفعل لأجل اعتقاد المکرَه أنّ الحذر لا يتحقّق إلّا بإيقاع الطلاق حقيقةً؛ لغفلته عن أنّ التخلّص غير متوقّف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق

---

(۱) أی الفرع المنقول عن التحرير.

کتاب المکاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۲۸

و حصول البينونة، فيوطّن نفسه على رفع اليد عن الزوجة و الإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً، و هذا کثيراً ما يتّفق للعوامّ.

و قد يکون هذا التوطين و الإعراض من جهة جهله بالحکم الشرعیّ أو کونه رأی «۱» مذهب بعض العامة «۲» فزعم أنّ الطلاق يقع مع «۳» الإکراه، فـإذا أُکره على الطلاق طلّق قاصـداً لوقوعه؛ لأنّ القصـد إلى اللفظ المکرَه عليه بعـد اعتقاد کونه سـبباً مستقلا فی وقوع البينونة يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضى نفسه «۴» بذلک و يوطّنها عليه، و هذا أيضاً کثيراً ما يتّفق للعوام.

و الحکم فی هاتين الصورتين لا يخلو عن إشکال، إلّا أنّ تحقّق الإکراه أقرب.

[عقد المکره لو تعقبه الرضا]

ثمّ «۵» المشهور بين المتأخّرين «۶»: أنّه لو رضی المُکرَه بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض «۷» تبعاً للحدائق «۸» أنّ عليه اتّفاقهم؛ لأنّه عقد

---

(۱) قال الشهيدی فی شرحه: (رأی) بصيغة الماضی، لا المصدر، هداية الطالب: ۲۶۱.

(۲) مثل ما تقدّم عن أبی حنيفة و أصحابه فی هامش الصفحة ۳۱۰.

(۳) فی «ف»: على.

(۴) کذا فی «ف» و «ش» و نسخة بدل «ص»، و فی سائر النسخ: نفسها.

(۵) فی «م»، «ع» و «ص» زيادة: «إنّ»، لکن شطب عليها فی «م».

(۶) کالمحقّق فی الشرائع ۲: ۱۴. و العلّامـة فی القواعد ۱: ۱۲۴، و التحرير ۱: ۱۶۴ و غيرهما. و الشـهيد فی الدروس ۳: ۱۹۲، و اللمعة: ۱۱۰. و الشهيد الثانی فی المسالک ۳: ۱۵۵ ۱۵۶، و الروضة البهية ۳: ۲۲۶. و غيرهم.

(۷) الرياض ۱: ۵۱۱، و فيه: إنّ ظاهرهم الاتّفاق ..

(۸) الحدائق ۱۸: ۳۷۳، و فيه: و ظاهرهم أيضاً الاتّفاق ..

کتاب المکاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۲۹

حقيقی، فيؤثّر أثره مع اجتماع باقی شرائط البيع، و هو طيب النفس.

و دعوى «۱» اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد، خاليةٌ عن الشاهد، مدفوعةٌ بالإطلاقات.

و أضعف منها: دعوى اعتبارها فی مفهوم العقد، اللازم منه عدم کون عقد «۲» الفضولی عقداً حقيقة.

و أضـعف من الکلّ: دعوى اعتبار طيب نفس العاقد فی تأثير عقده، اللازم منه عدم صـحّة بيع المُکرَه بحقّ، و کون إکراهه على العقد تعبّدياً لا لتأثير فيه «۳».

و يؤيّده: فحوى صحّة عقد الفضولى؛ حيث إنّ المالك طيّب النفس بوقوع أثر العقد و غير منشئ للنقل بكلامه، و إمضاء إنشاء الغير ليس إلّا طيب النفس بمضمونه، و ليس إنشاءً مستأنفاً، مع أنّه لو كان فهو موجود هنا، فلم يصدر من المالك هنالك إلّا طيب النفس بانتقاله متأخّراً عن إنشاء العقد، و هذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، و هو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد؛ لما عرفت «۴» من أنّ عقده إنشاء حقيقىّ.

و توهّم: أنّ عقد الفضولى واجد لما هو «۵» مفقود هنا و هو طيب نفس العاقد بما ينشئه-، مدفوع: بالقطع بأنّ طيب النفس لا اثر له،

(۱) ادّعى ذلک صاحب الجواهر، انظر الجواهر ۲۲: ۲۶۷ ۲۶۸.

(۲) فى «ف»: العقد.

(۳) فى «ف»: فى عقده.

(۴) راجع الصفحة ۳۰۹ و ما بعدها.

(۵) فى «م» و «ش» زيادة: به.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۳۰

لا «۱» فى صدق العقدية؛ إذ يكفى فيه مجرّد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، و لا فى النقل و الانتقال؛ لعدم مدخليّة غير المالك فيه.

نعم، لو صحّ ما ذكر سابقاً «۲»: من توهّم أنّ المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلًا، و أنّه قاصد نفس اللفظ الذى هو بمعنى الصوت كما صرّح به بعض «۳» صحّ أنّه لا يجدى تعقّب الرضا، إذ لا عقد حينئذٍ، لكن عرفت سابقاً أنّه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى، فراجع «۴».

فظهر ممّا ذكرنا ضعف وجه التأمّل فى المسألة كما عن الكفاية «۵» و مجمع الفائدة «۶» تبعاً للمحقّق الثانى فى جامع المقاصد «۷». و إن انتصر لهم بعض مَن تأخّر عنهم «۸» بقوله تعالى إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ «۹» الدالّ على اعتبار كون العقد عن التراضى مضافاً إلى النبوىّ

(۱) لم ترد «لا» فى «ف».

(۲) راجع الصفحة ۳۰۸ و ما بعدها.

(۳) لم ترد «كما صرّح به بعض» فى «ف»، و المصرّح بذلك هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ۲۲: ۲۶۷.

(۴) راجع الصفحة ۳۰۸ ۳۰۹.

(۵) الكفاية: ۸۹، و فيها: فالمسألة محلّ إشكال.

(۶) مجمع الفائدة ۸: ۱۵۶، و فيه بعد نقل الصحّة عن المشهور-: و ما نعرف لها دليلًا.

(۷) جامع المقاصد ۴: ۶۲، و فيه: فللنظر فيها مجال.

(۸) لم ترد «عنهم» فى «ف»، و لم نعثر على هذا البعض.

(۹) النساء: ۲۹.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۳۱

المشهور الدالّ على رفع حكم الإكراه «۱»، مؤيّداً بالنقض بالهازل، مع أنّهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرضا.

و الكلّ كما ترى؛ لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضى إمّا بمفهوم الحصر و إمّا بمفهوم الوصف، و لا حصر كما لا

یخفی؛ لأنّ الاستثناء منقطع غیر مفرّغ، و مفهوم الوصف علی القول به مقیّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب کما فی رَبائِبُکُمُ اللّاتِی فِی حُجُورِکُمْ «۲»، و دعوی وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة، و سیجیء زیادة توضیح لعدم دلالة الآیة علی اعتبار سبق التراضی فی بیع الفضولی «۳».

و أمّا حدیث الرفع، ففیه:

أوّلًا: أنّ المرفوع فیه هی المؤاخذة و الأحکام المتضمّنة لمؤاخذة المکره و إلزامه بشیء، و الحکم بوقوف عقده علی رضاه راجع إلی أنّ له أن یرضی بذلک، و هذا حقّ له لا علیه.

نعم، قد یلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتّی یرضی المکرَه أو یفسخ، و هذا إلزامٌ لغیره، و الحدیث لا یرفع المؤاخذة و الإلزام عن غیر المکرَه کما تقدّم «۴»، و أمّا إلزامه بعد طول المدّة باختیار البیع أو فسخه، فهو من توابع الحقّ الثابت له بالإکراه، لا من أحکام الفعل المتحقّق

---

(۱) المتقدّم فی الصفحة ۳۰۷.

(۲) النساء: ۲۳.

(۳) ستأتی مسألة بیع الفضولی فی الصفحة ۳۴۵.

(۴) لم نقف علی التصریح به فیما تقدّم.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۳۲

علی وجه الإکراه.

ثمّ إنّ ما ذکرنا واضح علی القول بکون الرضا ناقلًا، و کذلک علی القول بالکشف بعد التأمّل.

و ثانیاً: أنّه یدلّ علی أنّ الحکم الثابت للفعل المُکرَه علیه لولا الإکراه یرتفع عنه إذا وقع مکرهاً علیه کما هو معنی رفع الخطأ و النسیان أیضاً و هذا المعنی موجود فیما نحن فیه؛ لأنّ أثر «۱» العقد الصادر من المالک مع قطع النظر عن اعتبار عدم «۲» الإکراه، السببیّة المستقلّة «۳» لنقل المال، و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإکراه، و هذا الأثر الناقص المترتّب علیه مع الإکراه حیث إنّه جزء العلّة التامّة للملکیة، لم یکن ثابتاً للفعل مع قطع النظر عن الإکراه لیرتفع به؛ إذ المفروض أنّ الجزئیة ثابتة له بوصف الإکراه، فکیف یعقل ارتفاعه بالإکراه «۴»؟

و بعبارةٍ اخری: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار «۵» عدم «۶» الإکراه هو اللزوم المنفیّ بهذا الحدیث، و المدّعی ثبوته للعقد بوصف الإکراه هو وقوفه علی رضا المالک، و هذا غیر مرتفع

---

(۱) شطب فی «ن» و «م» علی کلمة «أثر».

(۲) شطب فی «ن» علی «اعتبار عدم»، و شطب فی «م» علی کلمة «عدم».

(۳) کذا فی «ف» و «ش» و مصحّحة «خ»، و فی سائر النسخ: سبب مستقلّ.

(۴) لم ترد عبارة «إذ المفروض إلی بالإکراه» فی «ف».

(۵) شطب فی «ن» علی کلمة «اعتبار».

(۶) کلمة «عدم» من «ش» فقط.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۳۳

بالإکراه «۱».

لكن يرد على هذا: أنّ مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقيّدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحّة بيع المكرَه و وقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحّة بيع المُكرَه، فيرجع إلى أصالة الفساد.

و بعبارةٍ اخرى: أدلّة صحّة البيع تدلّ «٢» على سببيّة مستقلّة «٣»، فإذا قيّدت بغير المُكرَه لم يبقَ لها دلالة على حكم المُكرَه، بل لو كان هنا ما يدلّ على صحّة البيع بالمعنى الأعمّ من السببية المستقلّة كان دليل الإكراه حاكماً عليه مقيِّداً له فلا ينفع «۴».

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ الإطلاقات المفيدة «۵» للسببيّة المستقلّة «۶» مقيّدةٌ بحكم الأدلّة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس بالبيع المرضيّ به، سَبَقه الرضا أو لحقَه، و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها؛ إذ البيع المرضيّ به سابقاً لا يعقل عروض الإكراه له.

---

(١) لم ترد «و هذا غير مرتفع بالإكراه» في «ف».

(٢) في «ف»: إنّما يدلّ.

(٣) في «ف» و «ن»: سببيّته المستقلّة.

(۴) وردت عبارة «بل لو كان إلى فلا ينفع» في «ف» و «ش»، و هامش «ن» تصحيحاً.

(۵) في «خ»، «ع» و «ش»: المقيّدة.

(۶) لم ترد «المفيدة للسببيّة المستقلّة» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ٣٣۴

و أمّا المرضيّ به بالرضا اللاحق، فإنّما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف، و هو أصل البيع «١»، و لا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلّة الأربعة مدخليّة الرضا «٢» في تأثيره و وجوب الوفاء به.

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التامّ لمجموع العقد المكره عليه و الرضا به لاحقاً، و لازمه بحكم العقل كون العقد المُكرَه عليه «٣» بعض المؤثّر التام، و هذا أمر عقلي غير مجعول «۴» لا يرتفع بالإكراه؛ لأنّ الإكراه مأخوذ فيه بالفرض، إلّا أن يقال: إنّ أدلّة الإكراه كما ترفع السببيّة المستقلّة التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد، ترفع مطلق الأثر عن العقد المُكرَه عليه؛ لأنّ التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعمّ من اللاحق «۵»، و هذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلًا أو كاشفاً؛ إذ على الأوّل يكون تمام المؤثّر نفسه، و على الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقّبه للرضا.

---

(١) في «ص» زيادة: «قبل الرضا»، و وردت في «خ» و «ع» أيضاً استدراكاً.

(٢) كذا في «ش» و العبارة في «ف» هكذا: «بل مقتضى الأدلّة الأربعة بمدخليّته للرضا»، و في سائر النسخ: بل تقتضي الأدلّة الأربعة مدخليّةً للرضا.

(٣) لم ترد «المكره عليه» في «ف».

(۴) عبارة «أمر عقليّ غير مجعول» من «ف» و نسخة بدل «ش».

(۵) من قوله: لأنّ الإكراه .. إلى هنا لم يرد في «ف»، و من قوله: إلّا أن يقال .. إلى هنا كتب عليه في «ن»: زائد، و هذا المقدار لم يرد أيضاً في «ش» باستثناء عبارة «كما ترفع السببيّة المستقلّة».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ٣٣۵

و كيف كان، فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقّبه له لا يترتّب عليه إلّا كونه جزء المؤثّر التامّ، و هذا أمرٌ عقليّ قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثّر التام هو المجموع منه و من الرضا أو وصف تعقّبه له، فتأمّل.

بقى الكلام فى أنّ الرضا المتأخّر ناقلٌ أو كاشف؟

مقتضى الأصل و عدم حدوث حِلّ مال الغير إلّا عن طيب نفسه هو الأوّل، إلّا أنّ الأقوى بحسب الأدلّة النقليّة هو الثانى، كما سيجىء فى مسألة الفضولى «۱».

و ربما يدّعى «۲»: أنّ مقتضى الأصل هنا و فى الفضولى هو «۳» الكشف؛ لأنّ مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد و ترتّب الآثار عليه لا يكون إلّا بالحكم بحصول الملك فى زمان النقل.

و فيه: أنّ مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس النقل، إلّا أنّ إنشاءه لما كان فى زمان التكلّم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثّراً فى نظر الشارع فى زمان التكلّم حدث الأثر فيه، و إن كان مؤثّراً بعد حصول أمرٍ حدث الأثر بعده.

---

(۱) يجىء فى الصفحة ۴۰۸ ۴۰۹.

(۲) لم نعثر على من ادّعى ذلك صريحاً، نعم فى الرياض ۱: ۵۱۳ بعد اختياره ذلك فى الفضولى و جعله موافقاً للأشهر، قال: عملًا بمقتضى الإجازة.

(۳) لم ترد «هو» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۳۶

فحصول النقل فى نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر فى الحكم؛ و لذلك كان الحكم بتحقّق الملك بعد القبول أو بعد القبض فى الصرف و السلم و الهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ «۱» غير منافٍ لمقتضى الإيجاب، و لم يكن تبعيضاً فى مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا، إلّا أنّ حكمه بذلك لمّا كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنّه «۲» حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله.

قلت: المراد هو الملك شرعاً، و لا معنى لتخلّف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك، و سيأتى توضيح ذلك فى بيع الفضولى إن شاء اللّه «۳».

و إن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد؛ فإنّه و إن كان حَلّا للعقد السابق و جعلَه كأن لم يكن، إلّا أنّه لا يرتفع به الملكيّة السابقة على الفسخ؛ لأنّ العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلّقه.

ثمّ على القول بالكشف، هل للطرف الغير المُكرَه أن يفسخ قبل رضا المُكرَه، أم لا؟ يأتى بيانه فى الفضولى إن شاء اللّه «۴».

---

(۱) الخلاف ۳: ۲۲، كتاب البيوع، المسألة ۲۹.

(۲) فى «ف»: فكان.

(۳) يأتى فى الصفحة ۳۹۹ فى بحث «القول فى الإجازة و الردّ»، و ۴۱۲، فى بحث الثمرة بين النقل و الكشف.

(۴) يأتى فى الصفحة ۳۹۹ فى بحث «القول فى الإجازة و الردّ»، و ۴۱۲، فى بحث الثمرة بين النقل و الكشف.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۳۷

مسألة و من شروط المتعاقدين: إذن السيّد لو كان العاقد عبداً،

اشارة

فلا- یجوز للمملوک أن یوقع عقداً إلّا بإذن سیّده، سواء کان لنفسه فی ذمّته أو بما فی یده، أم لغیره؛ لعموم أدلّة عدم استقلاله فی أُموره، قال اللّه تعالی ضَرَبَ اللّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْءٍ «۱».

و عن الفقیه بسنده إلی زرارة عن أبی جعفر و أبی عبد اللّه علیهما السلام، قالا: «المملوک لا یجوز نکاحه و لا طلاقه إلّا بإذن سیّده. قلت: فإن کان السیّد زوَّجه، بید مَن الطلاق؟ قال: بید السیّد ضَرَبَ اللّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْءٍ، أ فشیء «۲» الطلاق؟» «۳».

و الظاهر من القدرة خصوصاً بقرینة الروایة هو الاستقلال؛ إذ

(۱) النحل: ۷۵.

(۲) کذا فی «ف» و مصحّحة «ن» کما فی بعض نسخ الفقیه-، و فی سائر النسخ: فشیء.

(۳) الفقیه ۳: ۵۴۱، الحدیث ۴۸۶۰، و الوسائل ۱۵: ۳۴۳، الباب ۴۵ من أبواب مقدّمات الطلاق.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۳۸

المحتاج إلی غیره فی فعلٍ غیر قادر علیه، فیعلم عدم استقلاله فیما یصدق علیه أنّه شیء، فکلّ ما صدر عنه من دون مدخلیّة المولی فهو شرعاً «۱» بمنزلة العدم، لا- یترتّب علیه الأثر المقصود منه، لا- أنّه لا- یترتّب علیه حکم شرعی أصلًا، کیف؟! و أفعال العبید موضوعات لأحکام کثیرة کالأحرار.

[هل ینفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السید؟]

و کیف کان، فإنشاءات العبد لا یترتّب علیها آثارها من دون إذن المولی، أمّا مع الإذن السابق فلا إشکال، و أمّا مع الإجازة اللاحقة فیحتمل عدم الوقوع؛ لأنّ المنع فیه لیس من جهة العوضین اللَّذین یتعلّق بهما حقّ المجیز، فله أن یرضی بما وقع علی ماله «۲» من التصرّف فی السابق و أن لا یرضی، بل المنع من جهةٍ راجعةٍ إلی نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر علی وجهٍ لا یتغیّر منه بعده.

و بتقریرٍ آخر: إنّ الإجازة إنّما تتعلّق بمضمون العقد و حاصِلِه أعنی: انتقال المال بعوض و هذا فیما نحن فیه لیس منوطاً برضا المولی قطعاً؛ إذ المفروض أنّه أجنبیّ عن العوضین، و إنّما له حقّ فی کون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده، فإذا وقع علی وجهٍ یستقلّ به العبد فلحوق الإجازة لا یخرجه عن الاستقلال الواقع علیه قطعاً.

إلّا أنّ الأقوی هو لحوق إجازة المولی؛ لعموم أدلّة الوفاء بالعقود «۳»، و المخصّص إنّما دلّ علی عدم ترتّب الأثر علی عقد العبد من

(۱) فی «ف» زیادة: لا شیء.

(۲) کذا فی «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: بما وقع له.

(۳) کما فی قوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، المائدة: ۱.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۳۹

دون مدخلیّة المولی أصلًا سابقاً و لاحقاً لا مدخلیة إذنه السابق، و لو شکّ أیضاً وجب الأخذ بالعموم فی مورد الشکّ.

و یؤیّد إرادة الأعمّ من الإجازة: الصحیحة السابقة؛ فإنّ جواز النکاح یکفیه لحوق الإجازة، فالمراد بالإذن هو الأعمّ، إلّا أنّه خرج الطلاق بالدلیل، و لا- یلزم تأخیر البیان؛ لأنّ الکلام المذکور مسوق لبیان نفی استقلال العبد فی الطلاق بحیث لا یحتاج إلی رضا المولی أصلًا، بل و مع کراهة المولی کما یرشد إلیه «۱» التعبیر عن السؤال بقوله: «بید من الطلاق؟» «۲».

و يؤيّد المختار بل يدلّ عليه-: ما ورد فى صحّة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازه، معلّلًا ب: «أنّه لم يعصِ اللّه تعالى و إنّما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز» «۳»، بتقريب: أنّ الرواية تشمل «۴» ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه، و حمله على ما إذا عقد الغير له منافٍ لترك الاستفصال، مع أنّ تعليل الصحّة بأنّه: لم يعصِ اللّه تعالى .. إلخ، فى قوّة أن يقال: «إنّه إذا عصى اللّه بعقدٍ كالعقد على ما حرّم اللّه تعالى على ما مثّل به الإمام عليه السلام فى رواياتٍ أُخر

---

(۱) كلمة «إليه» من «ش» و مصحّحة «ن».

(۲) المتقدّم فى الصفحة ۳۳۷.

(۳) الوسائل ۱۴: ۵۲۳، الباب ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث الأوّل، و لفظه: «فإذا أجازه فهو له جائز».

(۴) كذا فى «ص» و مصحّحة «ن»، و فى «ع» و «ش»: «يشتمل»، و فى سائر النسخ: تشتمل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۴۰

واردة فى هذه المسألة «۱» كان العقد باطلًا»؛ لعدم تصوّر رضا اللّه تعالى بما سبق من معصيته، أمّا إذا لم يعصِ اللّه و عصى سيّده أمكن رضا سيّدِهِ فيما بعد بما لم يرضَ به سابقاً، فإذا رضى به و أجاز صحّ.

فيكون الحاصل: أنّ معيار الصحّة فى معاملة العبد بعد كون المعاملة فى نفسها ممّا لم ينهَ عنه الشارع هو رضا سيّده بوقوعه، سابقاً أو لاحقاً، و أنّه إذا عصى سيّده بمعاملة ثمّ رضى السيّد بها صحّ، و أنّ ما قاله المخالف: من أنّ معصية السيّد لا يزول حكمها برضاه بعده، و أنّه لا ينفع الرضا اللاحق كما نقله السائل عن طائفة من العامّة «۲» غير صحيح، فافهم و اغتنم.

و من ذلك يعرف: أنّ استشهاد بعضٍ «۳» بهذه الروايات على صحّة عقد العبد و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة، بل و مع سبق النهى أيضاً لأنّ غاية الأمر هو عصيان العبد و إثمه فى إيقاع العقد و التصرّف فى لسانه الذى هو ملك للمولى، لكنّ النهى مطلقاً لا يوجب الفساد خصوصاً النهى الناشئ عن معصية السيّد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالّة على أنّ معصية السيّد لا يقدح بصحّة العقد فى غير محلّه، بل الروايات ناطقة كما عرفت بأنّ الصحّة من جهة ارتفاع كراهة

---

(۱) انظر الوسائل ۱۴: ۵۲۴، الباب ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ۲.

(۲) الوسائل ۱۴: ۵۲۳، الباب ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث الأوّل. و انظر أيضاً المغنى؛ لابن قدامة ۶: ۵۱۵، و المجموع ۱۷: ۲۴۹.

(۳) انظر الجواهر ۲۲: ۲۷۱، و ۲۵: ۷۰.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۴۱

المولى و تبدّله بالرضا بما فعله العبد، و ليس ككراهة اللّه عزّ و جلّ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق، فكأنه قال: «لم يعصِ اللّه حتّى يستحيل تعقّبه للإجازة و الرضا و إنّما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز» فقد علّق الجواز صريحاً على الإجازة.

و دعوى: أنّ تعليق الصحّة على الإجازة من جهة مضمون العقد و هو التزويج المحتاج إلى إجازة السيّد إجماعاً، لا نفس إنشاء العقد حتّى لو فرضناه للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد، مدفوعة: بأنّ المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلّية: بأنّ «۱» رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفى فى كلّ ما يتوقّف على مراجعة السيّد و كان فعله من دون مراجعةٍ «۲» أو مع النهى عنه معصيةً له، و المفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل.

ثمّ إنّ ما ذكره «۳» من عصيان العبد بتصرّفه فى لسانه و أنّه لا يقتضى الفساد، يشعر بزعم أنّ المستند فى بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفّظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى.

و فیه:

أوّلًا: منع حرمة هذه التصرّفات الجزئیّة؛ للسیرة المستمرّة علی مکالمة العبید «۴»، و نحو ذلک من المشاغل الجزئیّة.

---

(۱) فی «ف»: فی أنّ.

(۲) کذا فی النسخ، و الأصحّ: مراجعته.

(۳) فاعله «بعضٌ» فی قوله: «و من ذلک یعرف أنّ استشهاد بعضٍ ..»، راجع الصفحة السابقة.

(۴) فی «ف»: العبد.

و ثانیاً: بداهة أنّ الحرمة فی مثل هذه لا توجب الفساد، فلا یظنّ استناد العلماء فی الفساد إلی الحرمة.

و ثالثاً: أنّ الاستشهاد بالروایة لعدم کون معصیة السیّد بالتکلّم بألفاظ العقد و التصرّف فی لسانه قادحاً «۱» فی صحّة العقد، غیر صحیح؛ لأنّ مقتضاه أنّ التکلّم إن کان معصیةً للّه تعالی یکون مفسداً، مع أنّه لا یقول به أحد؛ فإنّ حرمة العقد من حیث إنّه تحریک اللسان کما فی الصلاة و القراءة المضیّقة و نحوهما لا یوجب فساد العقد إجماعاً.

فالتحقیق: أنّ المستند فی الفساد هو الآیة المتقدّمة «۲»، و الروایات الواردة فی عدم جواز أمر العبد و مضیّه مستقلا، و أنّه لیس له من الأمر شی‌ء «۳».

«فرع» لو أمر العبدَ آمرٌ أن یشتری نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ و لزم؛

بناءً علی کفایة رضا المولی الحاصل من تعریضه للبیع من إذنه الصریح، بل یمکن جعل نفس الإیجاب موجباً للإذن الضمنی.

---

(۱) کذا، و المناسب: قادحة.

(۲) المتقدّمة فی الصفحة ۳۳۷.

(۳) انظر الوسائل ۱۴: ۵۲۲، الباب ۲۳ من أبواب نکاح العبید و الإماء، و الصفحة ۵۷۵، الباب ۶۴ من نفس الأبواب، الحدیث ۸.

و لا یقدح عدم قابلیّة المشتری للقبول فی زمان الإیجاب؛ لأنّ هذا الشرط لیس علی حدّ غیره من الشروط المعتبرة فی کلٍّ من المتعاقدین من أوّل الإیجاب إلی آخر القبول، بل هو نظیر إذن مالک الثمن فی الاشتراء، حیث یکفی تحقّقه بعد الإیجاب و قبل القبول الذی بنی المشتری علی إنشائه فضولًا.

و عن القاضی: البطلان فی المسألة؛ مستدلا علیه باتّحاد عبارته مع عبارة السیّد فیتّحد الموجب و القابل «۱».

و فیه مع اقتضائه المنع لو أذن له السیّد سابقاً-: منع الاتّحاد أوّلًا، و منع قدحه ثانیاً.

هذا إذا أمره «۲» الآمر بالاشتراء من مولاه، فإن أمره بالاشتراء من وکیل المولی، فعن جماعة منهم المحقّق و الشهید الثانیان «۳»-: أنّه لا یصحّ؛ لعدم الإذن من المولی.

و ربما قیل بالجواز «۴» حینئذٍ أیضاً؛ بناءً علی ما سبق منه من أنّ المنع لأجل النهی و هو لا یستلزم الفساد.

---

(۱) حکاه عنه الصیمری فی غایة المرام (مخطوط) ۲۷۳، و صاحب الجواهر، انظر الجواهر ۲۲: ۲۷۱، و لکن لم نعثر علیه فیما بأیدینا من کتب القاضی قدّس سرّه.

(۲) فی «ف»: أمر.

(۳) انظر جامع المقاصد ۴: ۶۸، و المسالک ۳: ۱۵۸، و حکاه عنهما و عن غیرهما صاحب الجواهر فی الجواهر ۲۲: ۲۷۲.

(۴) قاله صاحب الجواهر فی الجواهر ۲۲: ۲۷۱.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۴۴

و فیه: ما عرفت من أنّ وجه المنع أدلّة عدم استقلال العبد فی شیء، لا منعه عن التصرّف فی لسانه، فراجع ما تقدّم «۱»، و اللّه أعلم.

---

(۱) فی الصفحة ۳۴۰.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۴۵

مسألة و من شروط المتعاقدین: أن یکونا مالِکَین أو مأذونَین من المالک أو الشارع.

اشارة

فعقد الفضولی لا یصحّ، أی لا یترتّب علیه ما یترتّب علی عقد غیره من اللزوم.

و هذا مراد من جعل الملک و ما فی حکمه شرطاً، ثمّ فرّع علیه أنّ «۱» بیع الفضولی موقوف علی الإجازة کما فی القواعد «۲»، فاعتراض جامع المقاصد: علیه بأنّ التفریع فی غیر محلّه «۳»، لعلّه فی غیر محلّه.

[الکلام فی عقد الفضولی]

اشارة

و کیف کان، فالمهمّ التعرّض لمسألة عقد الفضولی التی هی من أهمّ المسائل، فنقول:

اختلف الأصحاب و غیرهم فی بیع الفضولی

، بل مطلق عقده بعد

---

(۱) کذا فی «ن» و هکذا نقله المامقانی فی شرحه (غایة الآمال: ۳۵۰) و فی سائر النسخ: بأن.

(۲) القواعد ۱: ۱۲۴.

(۳) جامع المقاصد ۴: ۶۸.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۴۶

اتّفاقهم علی بطلان إیقاعه کما فی غایة المراد «۱» علی أقوال.

و المراد بالفضولی کما ذکره الشهید قدّس سرّه «۲»-: هو الکامل الغیر المالک للتصرّف و لو کان غاصباً. و فی کلام بعض العامّة: أنّه العاقد بلا إذن مَن یحتاج إلی إذنه «۳». و قد یوصف به نفس العقد «۴»، و لعلّه تسامح.

و کیف کان، فیشمل العقد الصادر من الباکرة «۵» الرشیدة بدون إذن الولی، و من المالک إذا لم یملک التصرّف؛ لتعلّق حقّ الغیر

بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد «۶» الفضولى بما دلّ على المنع من نكاح الباكرة بغير إذن وليّها «۷»، و حينئذٍ فيشمل بيع الراهن و السفيه و نحوهما، و بيع العبد بدون إذن السيّد.

و كيف كان، فالظاهر شموله لما إذا تحقّق رضا المالك للتصرّف باطناً، و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوًى؛

---

(۱) فی غیر «ن» و «ش»: غاية المرام، و الاتّفاق المدّعى موجود فيما أثبتناه، انظر غاية المراد: ۱۷۷.

(۲) غاية المراد: ۱۷۷.

(۳) لم نقف عليه.

(۴) يعنى يقال: «البيع الفضولى»، كما عبّر به الشهيد فى غاية المراد: ۱۷۷.

(۵) قال المامقانى قدّس سرّه: الأولى التعبير بالبكر بكسر الباء و سكون الكاف فإنّه الذى ضبطه أهل اللغة مرادفاً للعذراء، و قد صرّح فى شرح القاموس بأنّ التعبير عن هذا المعنى بلفظ «الباكرة» غلط، غاية الآمال: ۳۵۲.

(۶) كذا فى «ص» و «ش»، و فى سائر النسخ: بفساد.

(۷) انظر الوسائل ۱۴: ۲۰۵، الباب ۴ من أبواب عقد النكاح، الحديث ۲. و الصفحة ۲۱۳، الباب ۹ من نفس الأبواب. و الصفحة ۴۵۸ ۴۵۹، الباب ۱۱ من أبواب المتعة، الحديث ۵ و ۱۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۴۷

لأنّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرّف و مسلّطاً عليه بمجرّد علمه برضا المالك.

و يؤيّده: اشتراطهم فى لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو وليّاً، و فرّعوا عليه بيع الفضولى.

و يؤيّده أيضاً-: استدلالهم على صحّة الفضولى بحديث عروة البارقى «۱» مع أنّ الظاهر علمه برضا النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم بما يفعله. و إن كان الذى يقوى فى النفس لولا- خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفى فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلًا؛ فيجب على المالك فيما بينه و بين اللّه تعالى إمضاء ما رضى به و ترتيب «۲» الآثار عليه؛ لعموم وجوب الوفاء بالعقود «۳»، و قوله تعالى إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ «۴»، و «لا- يحلّ مال امرئٍ مسلم إلّا عن طيب نفسه» «۵»، و ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه «۶»، و رواية عروة البارقى الآتية «۷»، حيث أقبض المبيع و قبض

---

(۱) عوالى اللآلى ۳: ۲۰۵، الحديث ۳۶، و مستدرك الوسائل ۱۳: ۲۴۵، الباب ۱۸ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(۲) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن» و «خ»، و فى «ش»: بترتيب، و فى سائر النسخ: يترتّب.

(۳) فى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، المائدة: ۱.

(۴) النساء: ۲۹.

(۵) عوالى اللآلى ۲: ۱۱۳، الحديث ۳۰۹.

(۶) راجع الوسائل ۱۴: ۵۲۵، الباب ۲۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۷) فى الصفحة ۳۵۱.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۴۸

الدينار؛ لعلمه برضا النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلم، و لو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرّف فى المعوّض و العوض

بالقبض و الإقباض، و تقريرُ النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم له على ما فعل دليلٌ على جوازه.

هذا، مع أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها «۱» خروج هذا الفرض عن الفضولي و عدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحّة: إنّ الشرائط كلّها حاصلة إلّا رضا المالك، و قولهم: إنّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت؛ لأنّه أعمّ من الرضا، و نحو ذلك.

ثمّ لو سلّم كونه فضولياً، لكن ليس كلّ فضوليّ يتوقّف لزومه على الإجازة؛ لأنّه «۲» لا دليل على توقّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات في مَن باع ملك غيره ثمّ ملكه.

مع أنّه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آناً ما؛ إذ وقوعه برضاه لا ينفكّ عن ذلك مع الالتفات.

ثمّ إنّه لو أشكل في عقود غير المالك، فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيّد و لو لم يأذن له؛ لعدم تحقّق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرّف.

[صور بيع الفضولي]

اشارة

ثمّ اعلم: أنّ الفضولي قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه، و على الأوّل فقد لا يسبقه منع من المالك، و قد يسبقه المنع؛ فهنا مسائل ثلاث

---

(۱) كذا في «ص» و هامش «خ»، و في سائر النسخ: منه.

(۲) في «ف»: و لأنه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۴۹

الاولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منعٍ من المالك،

اشارة

و هذا هو المتيقّن من عقد الفضولي.

و المشهور: الصحّة

اشارة

، بل في التذكرة نسبه إلى علمائنا، تارة صريحاً، و أُخرى ظاهراً بقوله: «عندنا»، إلّا أنّه ذكر عقيب ذلك: أنّ لنا فيه قولًا بالبطلان «۱».

و في غاية المراد «۲»: حكى الصحّة عن العماني و المفيد «۳» و المرتضى «۴» و الشيخ في النهاية «۵» و سلّار «۶» و الحلبي «۷» و القاضي «۸» و ابن حمزة «۹». و حكى عن الإسكافي «۱۰»، و استقرّ عليه رأي مَن

---

(۱) تعرّض للفضولي في موضعين من التذكرة حسب ما تتبعناه، و لم نعثر على نسبة ذلك إلى علمائنا، انظر التذكرة ۱: ۴۶۲ و ۴۸۶.

(۲) غاية المراد: ۱۷۸.

(۳) راجع المقنعة: ۶۰۶.

(۴) راجع الناصريّات (الجوامع الفقهية): ۲۴۷، المسألة ۱۵۴.

(۵) انظر النهاية: ۳۸۵.

(۶) المراسم: ۱۵۰.

(۷) الكافي في الفقه: ۲۹۲.

(۸) المهذّب ۲: ۱۹۴ ۱۹۵، ۲۱۶.

(۹) الوسيلة: ۲۴۹.

(۱۰) حكاه العلّامة في المختلف ۵: ۵۳، و ولده في الإيضاح ۱: ۴۱۶، و ابن فهد في المقتصر: ۱۶۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۵۰

تأخّر «۱» عدا فخر الدين «۲» و بعض متأخّري المتأخّرين، كالأردبيلي «۳» و السيّد الداماد «۴» و بعض متأخّري المحدّثين «۵»؛ لعموم أدلّة البيع و العقود؛ لأنّ خلوّه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه، و اشتراط ترتّب الأثر بالرضا و توقّفه عليه أيضاً لا مجال لإنكاره، فلم يبقَ الكلام إلّا في اشتراط سبق الإذن، و حيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه، و مرجع ذلك كلّه إلى عموم «حِلّ البيع» و «وجوب الوفاء بالعقد»، خرج منه العاري عن الإذن و الإجازة معاً، و لم يعلم خروج ما فقد الإذن و لحقه الإجازة.

و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنّه عقد صدر عن أهله في محلّه «۶».

فما ذكره في غاية المراد: من أنّه من باب المصادرات «۷»، لم أتحقّق وجهه؛ لأنّ كون العاقد أهلًا للعقد من حيث إنّه بالغ عاقل لا كلام

---

(۱) مثل المحقّق في الشرائع ۲: ۱۴ و غيره، و ابن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع: ۲۴۶، و العلّامة في كتبه و تقدّم آنفاً عن التذكرة و الشهيد في الدروس ۳: ۱۹۲ و غيره.

(۲) الإيضاح ۱: ۴۱۷.

(۳) مجمع الفائدة ۸: ۱۵۸، و زبدة البيان: ۴۲۸.

(۴) انظر ضوابط الرضاع (كلمات المحقّقين): ۵۶.

(۵) و هو المحدّث البحراني في الحدائق ۱۸: ۳۷۸.

(۶) كما في المختلف ۵: ۵۴، و الرياض ۱: ۵۱۲، و انظر المهذّب البارع ۲: ۳۵۶، و المناهل: ۲۸۷.

(۷) غاية المراد: ۱۷۸.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۵۱

فيه، و كذا كون المبيع قابلًا للبيع، فليس محلّ الكلام إلّا خلوّ العقد عن مقارنة إذن المالك، و هو مدفوع بالأصل، و لعلّ مراد الشهيد: أنّ الكلام في أهليّة العاقد، و يكفي «۱» في إثباتها العموم المتقدّم.

و قد اشتهر الاستدلال عليه بقضيّة عروة البارقي

اشارة

، حيث دفع إليه النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم ديناراً، و قال له: «اشترِ لنا به شاة للأُضحية» فاشترى به شاتين، ثمّ باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم بالشاة و الدينار، فقال له رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «بارك اللّه لك

فى صفقة يمينك» «۲»، فإنّ بيعه وقع فضولًا و إن وجّهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولى.

[المناقشة فى الاستدلال بقضية عروة البارقى]

هذا، و لكن لا يخفى «۳» أنّ الاستدلال بها يتوقّف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك فى بيع الفضولى.

توضيح ذلك: أنّ الظاهر «۴» عِلم عُروة برضا النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم بما يفعل، و قد أقبض المبيع و قبض الثمن، و لا ريب أنّ الإقباض و القبض فى بيع الفضولى حرام؛ لكونه تصرّفاً فى مال الغير، فلا بدّ:

إمّا من التزام أنّ عروة فعل الحرام فى القبض و الإقباض، و هو

---

(۱) كذا فى «ش»، و فى غيرها: يكتفى، إلّا أنّها صحّحت فى «ن» بما أثبتناه، و استظهرها مصحّح «ص» كذلك.

(۲) انظر السنن الكبرى للبيهقى ۶: ۱۱۲، و عوالى اللآلى ۳: ۲۰۵، الحديث ۳۶، و مستدرك الوسائل ۱۳: ۲۴۵، الباب ۱۸ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(۳) فى «ف» زيادة: عليك.

(۴) لم ترد «الظاهر» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۵۲

منافٍ لتقرير النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم.

و إمّا من القول بأنّ البيع الذى يعلم بتعقّبه للإجازة يجوز التصرّف فيه قبل الإجازة؛ بناءً على كون الإجازة كاشفة، و سيجى‌ء ضعفه.

فيدور الأمر بين ثالثٍ، و هو جعل هذا الفرد «۱» من البيع و هو المقرون برضا المالك خارجاً عن الفضولى، كما قلناه «۲».

و رابع، و هو عِلم عُروة برضا النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم بإقباض ماله للمشترى حتّى يستأذن، و عِلم المشترى بكون البيع فضوليّاً حتّى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، و إلّا فالفضولى ليس مالكاً و لا وكيلًا، فلا يستحقّ قبض المال، فلو كان المشترى عالماً فله أن يستأمنه على الثمن حتّى ينكشف الحال، بخلاف ما لو كان جاهلًا.

و لكنّ الظاهر هو أوّل الوجهين، كما لا يخفى، خصوصاً بملاحظة أنّ الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة، و قد تقدّم أنّ المناط فيها مجرّد المراضاة و وصول كلٍّ من العوضين إلى صاحب الآخر و حصوله عنده بإقباض المالك أو غيره و لو كان صبياً أو حيواناً «۳»، فإذا حصل التقابض بين فضوليّين «۴» أو فضولى و غيره مقروناً برضا المالكين،

---

(۱) فى «م» و «ع» و «ص»: الفروض، إلّا أنّها صحّحت فى «ع» و «ص» بما أثبتناه.

(۲) انظر الصفحة ۳۴۶ ۳۴۷.

(۳) راجع الصفحة ۷۵ و ۱۱۲.

(۴) كذا فى «ف»، «خ» و «ن»، و فى سائر النسخ: الفضوليّين.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۵۳

ثمّ وصل «۱» كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه، كفى فى صحّة التصرّف.

و ليس هذا من معاملة الفضولى؛ لأنّ الفضولى صار آلة فى الإيصال، و العبرة برضا المالك المقرون به.

[الاستدلال للصحة بصحيحة محمد بن قيس]

اشارة

و استدلّ له «۲» أيضاً تبعاً للشهيد فى الدروس بصحيحة محمّد ابن قيس عن أبى جعفر الباقر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وليدة باعها ابن سيّدها و أبوه غائب، فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه، فجاء سيّدها فخاصم سيّدها الآخر، فقال: وليدتى باعها ابنى بغير إذنى. فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها. فناشده الذى اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتّى ينفذ البيع لك. فلمّا رآه أبوه قال له: أرسل ابنى. قال: لا و اللّه! لا أُرسل ابنك حتّى ترسل ابنى؛ فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه .. الحديث» «۳».

قال فى الدروس: و فيها دلالة على صحّة الفضولى و أنّ الإجازة كاشفة «۴».

---

(۱) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: دخل.

(۲) كما فى الرياض ۱: ۵۱۲ ۵۱۳، و مقابس الأنوار: ۱۲۳، و غيرهما.

(۳) الوسائل ۱۴: ۵۹۱، الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث الأوّل، و الحديث منقول فى الكتب الأربعة. و ما نقله المؤلّف قدّس سرّه أوفق بما فى الكافى ۵: ۲۱۱، الحديث ۱۲.

(۴) الدروس ۳: ۲۳۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۵۴

[المناقشة فى الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس]

و لا يرد عليها شىءٌ ممّا يوهِن الاستدلال بها، فضلًا عن أن يسقطه. و جميع ما ذكر فيها من الموهنات «۱» موهونة، إلّا ظهور الرواية فى تأثير الإجازة المسبوقة بالردّ، من جهة ظهور المخاصمة فى ذلك، و إطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين «۲» أخذ الجارية و أنّها «۳» من المالك بناء على أنّه لو لم يردّ البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الردّ و مناشدة المشترى للإمام عليه السلام و إلحاحه عليه فى علاج فكاك ولده، و قوله: «حتّى ترسل ابنى» الظاهر فى أنّه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولادة.

و حمل إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه قوله عليه السلام: «فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع الولد «۴»».

و الحاصل: أنّ ظهور الرواية فى ردّ البيع أوّلًا ممّا لا ينكره المنصف، إلّا أنّ الإنصاف أنّ ظهور الرواية فى أنّ أصل الإجازة مجدية فى الفضولى مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية فى مورد الرواية غير قابل للإنكار، فلا بدّ من تأويل ذلك الظاهر؛ لقيام القرينة و هى الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ.

---

(۱) و هى على ما ذكرها المحقّق المامقانى قدّس سرّه فى غاية الآمال: ۳۵۷-: أربعة.

(۲) فى «ش»: بتعيّن.

(۳) فى «ف» و «ن» و مصحّحة «ص»: و ابنها.

(۴) كذا فى «ف» و «خ» و مصحّحة «ن» و نسخة بدل «ص»، و فى غيرها: الوليد، و فى «ص»: الوليدة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۵۵

و الحاصل: أنّ مناط الاستدلال لو كان نفس القضيّة الشخصيّة من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولى بالإجازة بناءً على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتّحدة نوعاً فى الحكم الشرعى كان ظهورها فى كون الإجازة الشخصيّة فى تلك القضيّة مسبوقة بالردّ مانعاً

عن الاستدلال بها، موجباً للاقتصار على موردها؛ لوجهٍ عَلِمه الإمام عليه السلام، مثل: كون مالك الوليدة كاذباً فى دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السلام حيلةً يصل بها الحقّ إلى صاحبه.

[توجيه الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس]

أمّا لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام فى قوله: «خذ ابنه حتّى ينفذ لك البيع»، و قول الباقر عليه السلام فى مقام الحكاية: «فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه» فى أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه، لم يقدح فى ذلك ظهور الإجازة الشخصيّة فى وقوعها بعد الردّ، فيؤوّل ما يظهر منه الردّ بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الردّ، أو كون حبس الوليدة على الثمن، أو نحو ذلك.

و كأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال على مَن لم يستدلّ بها فى مسألة الفضولى، أو يكون الوجه فى الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنّها لا تزيد على الإشعار؛ و لذا لم يذكرها فى الدروس فى مسألة الفضولى، بل ذكرها فى موضع آخر «١»، لكنّ الفقيه فى غنى عنه «٢» بعد العمومات المتقدّمة.

---

(١) ذكرها فى بيع الحيوان كما تقدّم التخريج فى الصفحة ٣٥٣.

(٢) كذا فى مصحّحة «ن» و «ص»، و فى النسخ: منه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٥٦

[الاستدلال لصحة بيع الفضولى بفحوى صحة نكاحه]

اشارة

و ربما يستدلّ أيضاً «١»: بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضولى فى الحرّ و العبد، الثابتة بالنصّ «٢» و الإجماعات المحكيّة «٣»؛ فإنّ تمليك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تمليك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علم من شدّة الاهتمام فى عقد النكاح؛ لأنّه يكون منه الولد، كما فى بعض الأخبار «۴».

[المناقشة فى الاستدلال المذكور]

و قد أشار إلى هذه الفحوى فى غاية المراد «۵»، و استدلّ بها فى الرياض، بل قال: إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكيّة على المنع «۶». و هو حسن، إلّا أنّها ربما توهن بالنصّ الوارد فى الردّ على العامّة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه، بالصحّة فى الثانى؛ لأنّ المال له «٧» عوض، و البطلان فى الأوّل؛ لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام فى مقام ردّهم

---

(١) كما فى المناهل: ٢٨٧، و مقابس الأنوار: ١٢١، و الجواهر ٢٢: ٢٧۶.

(٢) انظر الوسائل ١۴: ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٣. و الصفحة ٢٢١، الباب ١٣ من الأبواب، الحديث ٣. و الصفحة ۵٢٣، الباب ٢۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٢ و غيرها.

(٣) كما فى الناصريات (الجوامع الفقهيّة): ٢۴٧، المسألة ١۵۴. و السرائر ٢: ۵۶۵. و انظر كشف اللثام ٢: ٢٢، و الرياض ٢: ٨١.

(۴) انظر الوسائل ١۴: ١٩٣، الباب ١۵٧ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ١ و ٣.

(۵) انظر غاية المراد: ۱۷۸.

(۶) انظر الرياض ۱: ۵۱۲.

(۷) كذا فى «ش» و مصححة «ن»، و فى غيرهما: منه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۵۷

و اشتباههم فى وجه الفرق «سبحان اللّه! ما أجور هذا الحكم و أفسده؛ فإنّ النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه؛ لأنّه الفرج، و منه يكون الولد .. الخبر» «۱».

و حاصله: أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحّة من البيع؛ من حيث الاحتياط المتأكّد فى النكاح دون غيره، فدلّ على أنّ صحّة البيع تستلزم صحّة النكاح بطريق أولى، خلافاً للعامّة حيث عكسوا و حكموا بصحّة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام: أنّ صحّة المعاملة الماليّة الواقعة فى كلّ مقام؛ تستلزم صحّة النكاح الواقع بطريق أولى، و حينئذٍ فلا يجوز التعدّى من صحّة النكاح فى مسألة الفضولى إلى صحّة البيع؛ لأنّ الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل فى «۲» باب الأولويّة، و إلّا لم يتحقّق الأولويّة، كما لا يخفى.

فالاستدلال بصحّة النكاح على صحّة البيع مطابق لحكم العامّة من كون النكاح أولى بالبطلان؛ من جهة أنّ البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

بقى الكلام فى وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط فى النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله؛ مستدلا بأنّه يكون منه الولد، مع أنّ الأمر فى الفروج كالأموال دائر بين محذورين، و لا احتياط فى البين.

---

(۱) انظر الوسائل ۱۳: ۲۸۶ ۲۸۷، الباب ۲ من أبواب الوكالة، الحديث ۲.

(۲) شطب فى «ص» على «فى» و كتب فوقه «من»، و كذا أثبته العلّامة المامقانى قدّس سرّه فى شرحه (غاية الآمال: ۳۶۰).

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۵۸

و يمكن أن يكون الوجه فى ذلك: أنّ إبطال النكاح فى مقام الإشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحّة واقعاً، فتتزوّج المرأة و يحصل الزنا بذات البعل، بخلاف إبقائه؛ فإنّه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلّا وطء المرأة الخالية عن المانع، و هذا أهون من وطء ذات البعل.

فالمراد بالأحوط هو الأشدّ احتياطاً.

و كيف كان، فمقتضى هذه الصحيحة: أنّه إذا حكم بصحّة النكاح الواقع من الفضولى، لم يوجب «۱» ذلك التعدّى إلى الحكم بصحّة بيع الفضولى. نعم، لو ورد الحكم بصحّة البيع أمكن الحكم بصحّة النكاح؛ لأنّ النكاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نصّ الرواية.

ثمّ إنّ الرواية و إن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولى، إلّا أنّ المستفاد منها قاعدة كليّة، هى: أنّ إمضاء العقود الماليّة يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس الذى هو مبنى الاستدلال فى مسألة الفضولى.

[ما يؤيد لصحة بيع الفضولى]

[ما ورد فى المضاربة]

هذا، ثمّ إنّه ربما يؤيّد صحّة الفضولى، بل يستدلّ عليها: بروايات كثيرةٍ وردت فى مقامات خاصّة، مثل موثّقة جميل عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «فى رجل دفع إلى رجلٍ مالًا ليشترى به ضرباً من المتاع مضاربة، فاشترى غير الذى أمره، قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرطه» «۲». و نحوها غيرها الواردة فى هذا الباب.

(۱) فی «ن»، «خ» و «م» و نسخة بدل «ص»: «لا یوجب»، و صحّح فی «ن» بما أثبتناه فی المتن.

(۲) الوسائل ۱۳: ۱۸۲، الباب الأوّل من کتاب المضاربة، الحدیث ۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۳۵۹

فإنّها إن أُبقیت علی ظاهرها من عدم توقّف ملک «۱» الربح علی الإجازة کما نسب إلی ظاهر الأصحاب «۲»، و عدّ هذا خارجاً عن بیع الفضولی بالنصّ، کما فی المسالک «۳» و غیره «۴» کان فیها استئناس لحکم المسألة؛ من حیث عدم اعتبار إذن المالک سابقاً فی نقل مال المالک إلی غیره.

و إن حملناها علی صورة رضا المالک بالمعاملة بعد ظهور الربح کما هو الغالب، و مقتضی «۵» الجمع بین هذه الأخبار، و بین ما دلّ علی اعتبار رضا المالک فی نقل ماله «۶» و النهی عن أکل المال بالباطل «۷» اندرجت المعاملة فی الفضولی. و صحّتها فی خصوص

(۱) فی «ن»، «خ»، «م» و «ع»: تلک، و صحّح فی «ن» بما أثبتناه.

(۲) لم نقف علیه بعینه، نعم قال السیّد الطباطبائی قدّس سرّه فی الریاض ۱: ۶۰۷، بعد أن ذکر النصوص-: «و هذه النصوص مع اعتبار أسانیدها و استفاضتها و اعتضادها بعمل الأصحاب ..» و قال ولده السیّد المجاهد فی المناهل (الصفحة ۲۰۷): و لهم وجوه منها: ظهور الاتّفاق علیه.

(۳) انظر المسالک ۴: ۳۴۵ و ۳۵۲ ۳۵۳.

(۴) انظر الحدائق ۲۱: ۲۰۷، و المناهل: ۲۰۷.

(۵) کذا فی مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: و بمقتضی.

(۶) مثل قوله تعالی «إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»، و قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «لا یحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طیب نفسه»، و غیرهما ممّا تقدّم فی الصفحة ۳۰۷ و ما بعدها.

(۷) یدلّ علیه قوله تعالی «لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ»* البقرة: ۱۸۸، و النساء: ۲۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۳۶۰

المورد و إن احتمل کونها للنصّ الخاصّ، إلّا أنّها لا تخلو عن تأییدٍ للمطلب.

[ما ورد فی اتجار غیر الولی فی مال الیتیم]

و من هذا القبیل: الأخبار الواردة فی اتّجار غیر الولیّ فی مال الیتیم، و أنّ الربح للیتیم «۱»، فإنّها إن حملت علی صورة إجازة الولیّ کما هو صریح جماعة «۲» تبعاً للشهید «۳» کان من أفراد المسألة، و إن عمل بإطلاقها کما عن جماعة «۴» ممّن تقدّمهم خرجت عن مسألة الفضولی، لکن یستأنس بها لها «۵» بالتقریب المتقدّم. و ربما احتمل دخولها فی المسألة من حیث إنّ الحکم بالمضیّ إجازة إلٰهیة لاحقة للمعاملة، فتأمّل.

(۱) انظر الوسائل ۶: ۵۷ ۵۸، الباب ۲ من أبواب من تجب علیه الزکاة، الحدیث ۲ و ۷ و ۸، و ۱۲: ۱۹۱، الباب ۷۵ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۲ و ۳.

(۲) منهم المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ۳: ۵، و الشهید الثانی فی المسالک ۱: ۳۵۷، و السیّد العاملی فی المدارک ۵: ۲۰، و المحدّث البحرانی فی الحدائق ۱۲: ۲۶.

(۳) راجع الدروس ۱: ۲۲۹.

(۴) مثل الشيخ فى النهاية: ۱۷۵، و المحقّق فى الشرائع ۱: ۱۴۰ و غيرها، و العلّامة فى القواعد ۱: ۵۱ و غيرها، و قال السيّد الطباطبائى فى الرياض (۵: ۳۸): و أطلق الماتن و كثير أنّ الربح لليتيم.

(۵) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن»، و فى «ش»: «يستأنس لها»، و فى مصحّحة «ص»: «يستأنس بها للمسألة»، و فى سائر النسخ: يستأنس بها المسألة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۶۱

[رواية ابن أشيم]

و ربما يؤيّد المطلب أيضاً-: برواية ابن أشيم الواردة فى العبد المأذون الذى دفع إليه مال ليشترى به نسمة و يعتقها، و يُحِجَّه عن أبيه «۱»، فاشترى أباه و أعتقه، ثمّ تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثة الدافع، و ادّعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام: «يُردّ المملوك رِقّاً لمولاه، و أيّ الفريقين أقاموا البيّنة بعد ذلك على أنّه اشتراه بماله كان رقّاً له .. الخبر» «۲»؛ بناءً على أنّه لولا كفاية الاشتراء بعين المال فى تملّك المبيع بعد مطالبته المتضمّنة لإجازة البيع، لم يكن مجرّد دعوى الشراء بالمال و لا إقامة البيّنة عليها كافية فى تملّك المبيع.

[صحيحة الحلبى]

و ممّا يؤيّد المطلب أيضاً: صحيحة الحلبى عن الرجل يشترى ثوباً و لم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه، فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ «۳» على صاحبه الأوّل ما زاد» «۴»؛

---

(۱) كذا فى النسخ، لكنّ الموجود فى الرواية و هى عن أبى جعفر عليه السلام-: «عن عبدٍ لقوم، مأذون له فى التجارة، دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشترِ بها نسمة و أعتقها عنّى و حجّ عنّى بالباقى، ثمّ مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميّت و دفع إليه الباقى يحجّ عن الميّت، فحجّ عنه، فبلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثة الميّت، فاختصموا جميعاً فى الألف ..».

(۲) الوسائل ۱۳: ۵۳، الباب ۲۵ من أبواب بيع الحيوان.

(۳) فى «ص» و «ش»: يردّ.

(۴) الوسائل ۱۲: ۳۹۲، الباب ۱۷ من أبواب أحكام العقود.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۳۶۲

فإنّ الحكم بردّ ما زاد لا ينطبق بظاهره إلّا على صحّة بيع الفضولى لنفسه.

[موثقة عبد الله]

و يمكن التأييد له أيضاً-: بموثّقة عبد اللّه «۱» عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «عن السمسار يشترى بالأجر فيدفع إليه الوَرِق، فيشترط عليه أنّك تأتى بما تشترى فما شئت أخذته و ما شئت تركته، فيذهب فيشترى ثمّ يأتى بالمتاع «۲»، فيقول: خذ ما رضيت و دع ما كرهت. قال: لا بأس .. الخبر» «۳».

بناء على أنّ الاشتراء من السمسار «۴» يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون الوَرِق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الوَرِق ما رضيه من الأمتعة، و يوفّيه «۵» دينه.

و لا ينافى هـذا الاحتمال فرض السـمسار فى الرواية ممّن يشترى بالأجر؛ لأنّ توصـيفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شـغله، لا بملاحظة هذه القضيّة الشخصيّة.

(١) كذا فى النسخ، و الصواب: رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه الموثّقة بابن سماعة عن أبى عبد اللّه عليه السلام.

(٢) كـذا فى «ص» و المصدر، و فى «ش» بدل «فيشترى»: ليشترى، و العبارة فى سائر النسخ هكذا: «فذهب ليشترى المتاع»، و صـحّحت فى بعضها بما أثبتناه.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٩۴، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

(۴) أى: الاشتراء الصادر من السمسار، و صحّحت فى «ن» ب: اشتراء السمسار.

(۵) فى «ف»: فيوفّيه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣۶٣

و يحتمل أن يكون لصاحب الوَرِق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره.

و يحتمل أن يكون فضوليّاً عن صاحب الوَرِق، فيتخيّر ما يريد و يردّ ما يكره.

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصارى، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ۶ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، قم - ايران، اول، ١۴١۵ ه‍ ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)؛ ج٣، ص: ٣۶٣

و ليس فى مورد الروايـة ظهور فى إذن صاحب الوَرِق للسـمسار على وجه ينافى كونه فضوليّاً، كما لا يخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، و حكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

[أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه]

و ربما يؤيَّد المطلب بالأخبار الدالّة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه، معلّلًا بأنّه لم يعصِ اللّه و إنّما عصى سيّده «١».

و حاصـله: أنّ المانع من صحّة العقد إذا كان لا يرجى زواله «٢» فهو الموجب لوقوع العقد باطلًا، و هو عصـيان اللّه تعالى، و أمّا المانع الذى يرجى زواله كعصـيان السـيّد فبزواله يصحّ العقد، و رضا المالك من هذا القبيل، فإنّه لا يرضى أوّلًا و يرضى ثانياً، بخلاف سخط اللّه عزّ و جلّ بفعلٍ؛ فإنّه يستحيل رضاه.

[مختار المؤلف الصحة]

هـذا غاية ما يمكن أن يحتجّ و يستشـهد به للقول بالصـحّة، و بعضـها و إن كان ممّا يمكن الخدشة فيه، إلّا أنّ فى بعضـها الآخر غنى و كفاية.

(١) راجع الوسائل ١۴: ۵٢٣ ۵٢۴، الباب ٢۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٢.

(٢) العبارة فى «ف» هكذا: إنّ المانع الذى لا يرجى زواله.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣۶۴

و احتجّ للبطلان بالأدلّة الأربعة:

أمّا الکتاب، [الاستدلال بآیة التجارة عن تراض]

فقوله تعالی: لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلّٰا أَنْ تَکُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ «۱».

دلّ بمفهوم الحصر «۲» أو سیاق التحدید علی أنّ غیر التجارة عن تراضٍ أو التجارة لا عن تراضٍ غیر مبیح لأکل مال الغیر و إن لحقها الرضا، و من المعلوم أنّ الفضولی غیر داخل فی المستثنی.

و فیه: أنّ دلالته علی الحصر ممنوعة؛ لانقطاع الاستثناء کما هو ظاهر اللفظ و صریح المحکی عن جماعة من المفسّرین «۳» ضرورة عدم کون التجارة عن تراضٍ فرداً من الباطل خارجاً عن حکمه.

و أمّا سیاق التحدید الموجب لثبوت مفهوم القید، فهو مع تسلیمه مخصوص بما إذا لم یکن للقید فائدة أُخری، ککونه «۴» وارداً مورد الغالب، کما فیما نحن فیه و فی قوله تعالی وَ رَبٰائِبُکُمُ اللّٰاتِی فِی حُجُورِکُمْ «۵»، مع احتمال أن یکون «عن تراضٍ» خبراً بعد خبر ل «تکون» «۶» علی قراءة نصب «التجارة» لا قیداً لها و إن کان غلبة توصیف النکرة تؤیّد التقیید فیکون المعنی: إلّا أن یکون سبب الأکل

(۱) النساء: ۲۹.

(۲) لم ترد «الحصر» فی «ف».

(۳) راجع التبیان ۳: ۱۷۸، و مجمع البیان ۲: ۳۶، و الکشّاف ۱: ۵۰۲.

(۴) کذا فی «ف» و «م» و مصحّحة «ص»، و فی سائر النسخ: لکونه.

(۵) النساء: ۲۳.

(۶) فی غیر «ص»: لیکون، و هو سهو.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۶۵

«تجارة»، و تکون «۱» «عن تراضٍ».

و من المعلوم: أنّ السبب الموجب لحِلّ الأکل فی الفضولی إنّما نشأ عن التراضی، مع أنّ الخطاب لمُلّاک الأموال، و التجارة فی الفضولی إنّما تصیر «۲» تجارة المالک بعد الإجازة، فتجارته عن تراضٍ.

و قد حکی عن المجمع: أنّ مذهب الإمامیّة و الشافعیّة و غیرهم أنّ معنی التراضی بالتجارة إمضاء البیع بالتفرّق «۳» أو التخایر بعد العقد «۴». و لعلّه یناسب ما ذکرنا من کون الظرف خبراً بعد خبر.

و أمّا السنّة، فهی أخبار:

اشارة

منها: النبوی المستفیض، و هو قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم لحکیم بن حزام: «لا تبع ما لیس عندک» «۵» فإنّ عدم حضوره عنده کنایة عن عدم تسلّطه علی تسلیمه؛ لعدم تملّکه، فیکون مساوقاً للنبویّ الآخر: «لا بیع إلّا فی ما یملک» بعد قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «لا طلاق إلّا فی ما یملک، و لا عتق إلّا فی ما یملک» «۶»، و لِما ورد فی توقیع العسکری صلوات اللّه علیه إلی الصفّار: «لا یجوز بیع ما لیس یملک» «۷».

(۱) فی غیر «ف»: یکون.

(۲) فی غیر «ص»: یصیر.

(۳) کذا فی «ف» و المصدر، و فی سائر النسخ: بالتصرّف.

(۴) مجمع البیان ۲: ۳۷.

(۵) راجع سنن البیهقی ۵: ۲۶۷، ۳۱۷ و ۳۳۹.

(۶) کنز العمال ۹: ۶۴۱، الحدیث ۲۷۷۷۹، و راجع المستدرک ۱۳: ۲۳۰، الباب الأوّل من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث ۳ و ۴.

(۷) الوسائل ۱۲: ۲۵۲، الباب ۲ من أبواب عقد البیع و شروطه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۳۶۶

و ما عن الحمیری أنّ مولانا عجّل اللّه فرجه کتب فی جواب بعض مسائله: «أنّ الضیعة لا یجوز ابتیاعها إلّا عن مالکها أو بأمره أو رضاً منه» «۱».

و ما فی الصحیح عن محمّد بن مسلم الوارد فی أرضٍ بفم النیل «۲» اشتراها رجل، و أهل الأرض یقولون: هی أرضنا «۳»، و أهل [الأسیاف] «۴» یقولون: هی من أرضنا. فقال: «لا تشترها إلّا برضا أهلها» «۵».

و ما فی الصحیح عن محمّد بن القاسم بن الفضل «۶» فی رجل اشتری من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، فکتب علیها «۷» کتاباً

(۱) الوسائل ۱۲: ۲۵۱، الباب الأوّل من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث ۸.

(۲) النیل» بلیدة فی سواد الکوفة یخترقها خلیج کبیر یتخلّج من الفرات الکبیر، حفره الحجّاج بن یوسف و سمّاه بنیل مصر، معجم البلدان ۵: ۳۳۴ «نیل».

(۳) فی مصحّحة «ن» و المصدر: أرضهم.

(۴) فی النسخ: «الأسناف»، و فی الکافی و التهذیب و مصحّحة بعض النسخ: «الأستان»، و ما أثبتناه مطابق لما نقله الشهید عن بعض النسخ المصحّحة فی شرحه (هدایة الطالب: ۲۷۴)، و لعلّ ما نقله الشهیدی أقرب إلی الصواب؛ لأنّ الأسیاف کما فی القاموس جمع سِیف بالکسر و هو ساحل البحر و ساحل الوادی، أو کلّ ساحل، فأصحاب السیف هم أصحاب ساحل النیل الذی تقدّم تفسیره و یؤیّده قول السائل: «أرض بفم النیل» أی فم الخلیج.

(۵) الوسائل ۱۲: ۲۴۹، الباب الأوّل من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث ۳ بتفاوت یسیر.

(۶) فی مصحّحة «ص» و المصادر الحدیثیة: الفضیل.

(۷) کذا فی «ف» و «ن» و المصدر، و فی سائر النسخ: «إلیها»، إلّا أنّه صحّح فی بعضها بما أثبتناه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۳۶۷

أنّها «۱» قد قبضت المال و لم تقبضه «۲»، فیعطیها المال أم یمنعها؟ قال: قل له «۳»: یمنعها أشدّ المنع، فإنّها باعت ما لم تملکه» «۴».

[المناقشة فی الاستدلال بالروایات]

و الجواب عن النبوی:

أوّلًا: أنّ الظاهر من الموصول هی العین الشخصیّة؛ للإجماع و النصّ علی جواز بیع الکلیّ «۵»، و من البیع البیع لنفسه، لا عن مالک العین، و حینئذٍ فإمّا أن یراد بالبیع مجرّد الإنشاء، فیکون دلیلًا علی عدم جواز بیع الفضولی لنفسه، فلا یقع له و لا للمالک بعد إجازته. و إمّا أن یراد ما عن التذکرة من أن یبیع عن نفسه ثمّ یمضی لیشتریه من مالکه، قال: لأنّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم ذکره جواباً لحکیم بن حزام، حیث سأله عن أن یبیع الشی‌ء فیمضی و یشتریه و یسلّمه، فإنّ هذا البیع غیر جائز، و لا نعلم فیه خلافاً؛ للنهی المذکور

و للغرر؛ لأنّ صاحبها قد لا يبيعها «۶»، انتهى.

و هـذا المعنى يرجع إلى المراد من روايـتى خالـد و يحيى الآـتيتين فى بيع الفضولى لنفسه «۷»، و يكون بطلان البيع بمعنى عـدم وقوع البيع للبائع بمجرّد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافى أهليّته لتعقّب الإجازة من المالك.

---

(۱) لم ترد «أنّها» فى غير «ف»، لكنّها استدركت فى «م» و «ص» بلفظ: «بأنّها»، و فى «ن» كما أثبتناه.

(۲) فى «ف»: قد قضت المال و لم تقضه.

(۳) كلمة «له» من «ن»، «م» و «ص» و المصدر.

(۴) الوسائل ۱۲: ۲۴۹، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ۲.

(۵) انظر الوسائل ۱۳: ۶۰، الباب ۵ من أبواب السلف.

(۶) التذكرة ۱: ۴۶۳، و حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۸۶.

(۷) تأتيان فى الصفحة ۴۴۷.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۶۸

و بعبـارة اخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عـدم وقوعه مؤثّراً فى حقّه، فلا يـدلّ على الغايـة بالنسـبة إلى المالك حتّى لا تنفعه إجازة «۱» المالك فى وقوعه له، و هذا المعنى أظهر من الأوّل و نحن نقول به، كما سيجىء «۲».

و ثانياً: سلّمنا دلالـة النبوى على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصـيصه بما تقـدّم «۳» من الأدلّـة الدالّـة على تصـحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه إذا أجاز.

و بمـا ذكرنـاه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالـة قوله: «لا بيع إلّا فى ملك»؛ فإنّ الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه، و أنّ النفى راجع إلى نفى الصحّة فى حقّه لا فى حقّ المالك، مع أنّ العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

و أمّا الروايتان «۴»، فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين «۵» أوضح،

---

(۱) كذا فى «ف» و «ن»، و فى غيرهما: بإجازة.

(۲) سيجىء فى الصفحة ۴۴۷ و ۴۵۲.

(۳) راجع الصفحة ۳۵۰ و ما بعدها.

(۴) قال المامقانى قـدّس سرّه: الروايتان عبارة عن توقيع العسـكرى عليه السلام إلى الصـفّار، و ما عن الحميرى. (غاية الآمال: ۳۶۴) و استظهر السيّد اليزدى قـدّس سرّه أنّ المراد بهمـا روايتا خالـد و يحيى الآتيتان فى بيع الفضولى لنفسه، ثمّ قال: و أمّا دعوى أنّ المراد بهمـا التوقيعان، فهى كما ترى. (حاشيـة المكاسب: ۱۴۰) و قال الشـهيدى قـدّس سرّه أيضاً: يعنى بهما روايتى خالـد و يحيى الآتيتين. (هداية الطالب: ۲۷۵).

(۵) المراد بهما: النبويّان السابقان، كما قاله المامقانى قدّس سرّه فى غاية الآمال: ۳۶۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۶۹

و ليس فيهما ما يدلّ و لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز.

و أمّا الحصر فى صحيحة ابن مسلم و التوقيع، فإنّما هو فى مقابلة عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما.

و توضيحه: أنّ النهى فى مثل المقام و إن كان يقتضى الفساد، إلّا أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من المعاملة عليه.

و من المعلوم: أنّ عقـد الفضولى لاـ يترتّب عليه بنفسه «۱» الملك المقصود منه؛ و لـذا يطلق عليه الباطل فى عباراتهم كثيراً، و لـذا عدّ

فی الشرائع «۲» و القواعد «۳» من شروط المتعاقدین أعنی شروط الصحّة-: کون العاقد مالکاً أو قائماً مقامه، و إن أبیت إلّا عن ظهور الروایتین فی لغویّة عقد الفضولی رأساً، وجب تخصیصهما «۴» بما تقدّم من أدلّة الصحّة.

و أمّا روایة القاسم بن فضل «۵»، فلا دلالة فیها إلّا علی عدم جواز إعطاء الثمن للفضولی؛ لأنّه باع ما لا یملک، و هذا حقّ لا ینافی صحّة الفضولی.

و أمّا توقیع الصفّار، فالظاهر منه نفی جواز البیع فی ما لا یملک بمعنی وقوعه للبائع علی جهة الوجوب و اللزوم، و یؤیّده «۶» تصریحه علیه السلام

---

(۱) لم ترد «بنفسه» فی «ف».

(۲) الشرائع ۲: ۱۴.

(۳) القواعد ۱: ۱۲۴.

(۴) کذا فی ظاهر «ف» و مصحّحة «ن»، و فی غیرهما: تخصیصها.

(۵) تقدّم أنّه فی المصادر الحدیثیة: الفضیل.

(۶) کذا فی «ف» و «ص» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: یؤیّد.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۷۰

بعد تلک الفقرة بوجوب البیع فیما یملک «۱»، فلا دلالة علی عدم وقوعه لمالکه إذا أجاز.

و بالجملة، فالإنصاف أنّه لا دلالة فی تلک الأخبار بأسرها علی عدم وقوع بیع غیر المالک للمالک إذا أجاز، و لا تعرّض فیها إلّا لنفی وقوعه للعاقد.

الثالث: الإجماع علی البطلان،

ادّعاه الشیخ فی الخلاف معترفاً بأنّ الصحّة مذهب قوم من أصحابنا، معتذراً عن ذلک بعدم الاعتداد بخلافهم «۲»، و ادّعاه ابن زهرة أیضاً فی الغنیة «۳»، و ادّعی الحلّی فی باب المضاربة عدم الخلاف فی بطلان شراء الغاصب إذا اشتری بعین المغصوب «۴».

و الجواب: عدم الظنّ بالإجماع، بل الظنّ بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء کالقدیمین و المفید و المرتضی و الشیخ بنفسه فی النهایة التی هی آخر مصنّفاته علی ما قیل و أتباعهم علی الصحّة، و إطباق «۵» المتأخّرین علیه، عدا فخر الدین و بعض متأخّری المتأخّرین «۶».

---

(۱) و هو قوله علیه السلام: «و قد وجب الشراء من البائع علی ما یملک»، راجع الوسائل ۱۲: ۲۵۲، الباب ۲ من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث الأوّل.

(۲) الخلاف ۳: ۱۶۸، کتاب البیوع، المسألة ۲۷۵.

(۳) الغنیة: ۲۰۷.

(۴) السرائر ۲: ۴۱۵.

(۵) کذا فی «ف» و نسخة بدل «خ» و «ع»، و فی سائر النسخ: «أتباع»، إلّا أنّه صحّح فی «ن» بما أثبتناه.

(۶) تقدّم التخریج عنهم جمیعاً فی الصفحة ۳۴۹ ۳۵۰.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۷۱

الرابع: ما دلّ من العقل و النقل

على عدم جواز التصـرّف فی مال الغیر إلّا بإذنه، فإنّ الرضا اللاحق لا ینفع فی رفع القبح الثابت حال التصـرّف، ففی التوقیع المرویّ فی الاحتجاج: «لا یجوز لأحد أن یتصرّف فی مال غیره إلّا بإذنه» «۱»، و لا ریب أنّ بیع مال الغیر تصرّف فیه عرفاً.

و الجواب: أنّ العقد على مال الغیر متوقّعاً لإجازته غیر قاصد لترتیب الآثار علیها لیس تصرّفاً فیه.

نعم، لو فرض کون العقـد علّة تامّة و لو عرفـاً لحصول الآثار کما فی بیع المالک أو الغاصب المسـتقلّ کان حکم العقـد جوازاً و منعاً حکم معلوله المترتّب علیه.

ثمّ لو فرض کونه تصـرّفاً، فممّا استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءة و الاصطلاء بنور الغیر و ناره، مع أنّه قد یفرض الکلام فیما إذا علم الإذن فی هـذا من المقال أو الحال؛ بناءً على أنّ ذلک لا یخرجه عن الفضولی، مع أنّ تحریمه لا یـدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لـدلّ على بطلان البیع بمعنى عدم ترتّب الأثر علیه و عدم استقلاله فی ذلک، و لا ینکره القائل بالصحّة، خصوصاً إذا کانت الإجازة ناقلة.

و ممّـا ذکرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقـد من الفضولی قاصـداً لترتیب الأثر من دون مراجعـة المشتری؛ بناءً على أنّ العقـد المقرون بهذا القصد قبیح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

---

(۱) الاحتجاج ۲: ۲۹۹، و انظر الوسائل ۶: ۳۷۷، الباب ۳ من أبواب الأنفال، الحدیث ۶ و ذیل الحدیث ۷.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۳۷۲

و قد یستدلّ للمنع بوجوه أُخر ضعیفة،

أقواهـا: أنّ القـدرة على التسـلیم معتبرة فی صـحّة البیع، و الفضولی غیر قـادر «۱»، و أنّ الفضولی غیر قاصـد حقیقـةً إلى مـدلول اللفظ کالمکره، کما صرّح فی المسالک «۲».

و یضـعّف الأوّل مضافـاً إلى أنّ الفضولی قـد یکون قادراً على إرضاء المالک «۳» بأنّ «۴» هـذا الشـرط غیر معتبر فی العاقد قطعاً، بل یکفی تحقّقه فی المالک، فحینئذٍ یشترط فی صـحّة العقد مع الإجازة قدرة المجیز على تسـلیمه أو «۵» قدرة المشتری على تسلّمه على ما سیجیء «۶».

و یضعّف الثانی بأنّ «۷» المعتبر فی العقـد هو هـذا القدر من القصد الموجود فی الفضولی و المکره، لا أزید منه، بدلیل الإجماع على صحّة نکاح الفضولی و بیع المکره بحقّ؛ فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد فی ذلک للإجماع، کما ترى!

---

(۱) انظر الإیضاح ۱: ۴۱۷، و المناهل: ۲۸۸، و مقابس الأنوار: ۱۲۸.

(۲) المسالک ۳: ۱۵۶.

(۳) کذا فی «ف» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: رضا المالک.

(۴) فی «ف»: أنّ.

(۵) فی «م» و «ش» بدل «أو»: و.

(۶) یجیء إن شاء اللّه فی الجزء الرابع من طبعتنا هذه عند قول المؤلف قدّس سرّه: «الثالث من شروط العوضین القدرة على التسلیم».

(۷) فی «ف»: أنّ.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۳۷۳

المسألة الثانیة أن یسبقه منع المالک،

و المشهور أیضاً صحّته، و حکی عن فخر الدین: أنّ بعض المجوّزین للفضولی اعتبر عدم سبق نهی المالک «۱». و یلوح إلیه ما عن التذکرة فی باب النکاح من حمل النبویّ: «أیّما عبدٍ تزوّج بغیر إذن مولاه فهو عاهر» «۲» بعد تضعیف السند علی أنّه «۳» نکح بعد منع مولاه و کراهته؛ فإنّه یقع باطلًا «۴». و الظاهر أنّه لا یفرق بین النکاح و غیره «۵»، و یظهر من المحقّق الثانی، حیث احتمل «۶» فساد بیع الغاصب؛ نظراً إلی القرینة الدالّة «۷» علی عدم الرضا و هی الغصب «۸».

و کیف کان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخیّل: أنّ المستند فی عقد الفضولی هی روایة عروة «۹» المختصّة بغیر المقام، و أنّ العقد إذا

---

(۱) إیضاح الفوائد ۱: ۴۱۷.

(۲) سنن البیهقی ۷: ۱۲۷.

(۳) فی غیر «ف» زیادة «إن»، و شطب علیها فی «م».

(۴) التذکرة ۲: ۵۸۸.

(۵) انظر مقابس الأنوار: ۱۲۱.

(۶) فی النسخ: «حمل»، و الصواب ما أثبتناه، کما فی مصحّحة «ن».

(۷) لم ترد «الدالّة» فی «ص».

(۸) جامع المقاصد ۴: ۶۹.

(۹) تقدّمت فی الصفحة ۳۵۱.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۷۴

وقع منهیّاً عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آناً ما کافٍ فی الردّ، فلا ینفع الإجازة اللاحقة؛ بناءً علی أنّه لا یعتبر فی الردّ سوی عدم الرضا الباطنی بالعقد علی ما یقتضیه حکم بعضهم «۱» بأنّه إذا حلف الموکّل علی نفی الإذن فی اشتراء الوکیل انفسخ العقد؛ لأنّ الحلف علیه أمارة عدم الرضا.

هذا، و لکنّ الأقوی عدم الفرق؛ لعدم انحصار المستند حینئذٍ «۲» فی روایة عروة، و کفایة العمومات، مضافاً إلی ترک الاستفصال فی صحیحة محمد بن قیس «۳»، و جریان فحوی أدلّة نکاح العبد بدون إذن مولاه «۴»، مع ظهور المنع فیها و لو بشاهد الحال بین الموالی و العبید، مع أنّ روایة إجازته صریحة فی عدم قدح معصیة السیّد «۵»، مع جریان المؤیّدات المتقدّمة له: من بیع مال الیتیم «۶» و المغصوب «۷»، و مخالفة العامل لما اشترط علیه ربّ المال «۸»، الصریح فی منعه عمّا عداه.

---

(۱) انظر جامع المقاصد ۸: ۲۹۳، و المسالک ۵: ۳۰۰، و مفتاح الکرامة ۷: ۶۳۲.

(۲) لم ترد «حینئذ» فی «ف».

(۳) المتقدّمة فی الصفحة ۳۵۳.

(۴) انظر الوسائل ۱۴: ۵۲۳ و ۵۲۵، الباب ۲۴ و ۲۵ من أبواب نکاح العبید و الإماء و غیرهما.

(۵) فی «م»، «ص» و «ش» زیادة: حینئذٍ.

(۶) المتقدّمة فی الصفحة ۳۶۰.

(۷) راجع الصفحة ۳۵۸ ۳۶۰.

(۸) کما فی موثّقة جمیل المتقدّمة فی الصفحة ۳۵۸.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۷۵

و أمّا ما ذکر «۱» من المنع الباقی بعد العقد و لو آناً ما، فلم یدلّ دلیل علی کونه فسخاً لا ینفع بعده الإجازة.

و ما ذکره فی حلف الموکّل غیر مسلّم، و لو سُلّم فمن جهة ظهور الإقدام علی الحلف علی ما أنکره فی ردّ البیع و عدم تسلیمه له.

و ممّا ذکرنا یظهر وجه صحّة عقد المکره بعد الرضا، و أنّ کراهة المالک حال العقد و بعد العقد لا تقدح فی صحّته إذا لحقه الإجازة.

---

(۱) فی «م» و «ش»: ما ذکره.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۷۶

المسألة الثالثة أن یبیع الفضولی لنفسه،

اشارة

و هذا غالباً یکون فی بیع الغاصب، و قد یتّفق من غیره بزعم ملکیّة المبیع، کما فی مورد صحیحة الحلبی المتقدّمة فی الإقالة بوضیعة «۱».

[الأقوی الصحة و الدلیل علیه]

اشارة

و الأقوی فیه: الصحّة وفاقاً للمشهور؛ للعمومات المتقدّمة «۲» بالتقریب المتقدّم، و فحوی الصحّة فی النکاح «۳»، و أکثر ما تقدّم من المؤیّدات «۴»، مع ظهور صحیحة ابن قیس المتقدّمة «۵».

[الإشکال علی صحة هذا البیع من وجوه]

اشارة

و لا وجه للفرق بینه و بین ما تقدّم من بیع الفضولی للمالک إلّا وجوه تظهر من کلمات جماعة، بعضها مختصّ ببیع «۶» الغاصب، و بعضها مشترک بین جمیع صور المسألة:

[الوجه الأول و جوابه]

منها: إطلاق ما تقدّم من النبویین «۷»: «لا تبع ما لیس عندک» و «لا بیع إلّا فی ملک» [و غیرهما «۸»]؛ بناءً علی اختصاص مورد الجمیع

---

(۱) المتقدّمة فی الصفحة ۳۶۱.

(۲) تقدّمت فی المسألة الأُولی و الثانیة.

(۳) تقدّمت فی الصفحة ۳۵۶.

(۴) راجع الصفحة ۳۵۸ ۳۶۳.

(۵) المتقدّمة في الصفحة ٣٥٣.

(۶) كذا في «ف» و مصحّحة «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: على بيع.

(۷) تقدّمتا في الصفحة ٣۶۵.

(۸) كلمة «و غيرهما» من مصحّحة «ن»، و قد أثبتها المامقاني قدّس سرّه في متن شرحه (غاية الآمال: ٣۶٧) و يقتضيها السياق أيضاً.

ببيع الفضولي لنفسه.

و الجواب عنها يعرف ممّا تقدّم، من أنّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرّضٍ فيها لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

[الوجه الثاني و جوابه]

و منها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، و هذا غالباً مفقود في المغصوب، و قد تقدّم عن المحقّق الكركي أنّ الغصب قرينة عدم الرضا «١».

و فيه:

أوّلًا: أنّ الكلام في الأعمّ من بيع الغاصب.

و ثانياً: أنّ الغصب أمارة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة و تملّك الثمن، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء.

و ثالثاً: قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

[الوجه الثالث و جوابه]

و منها: أنّ الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، لم «٢» يقصد حقيقة المعاوضة؛ إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضة الحقيقيّة غير متصوّرة، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه، و هذا ليس بيعاً.

و الجواب من ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب-: أنّ قصد

---

(۱) تقدّم في الصفحة ٣٧٣.

(۲) كذا في «ص»، و في غيرها: فلم.

المعاوضة الحقيقيّة مبنيّ على جعل الغاصب نفسه مالكاً حقيقيّا و إن كان هذا الجعل لا حقيقة له، لكنّ المعاوضة المبنيّة على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقيّة، نظير المجاز الادّعائي في الأُصول.

نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيّة المثمن و لا اعتقاد له، كانت المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالك؛ لعدم تحقّق معنى المعاوضة؛ و لذا ذكروا أنّه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل، و لم يقع له و لا لغيره، و المراد ما لو قصد تملّك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه.

و قد تخيّل بعض المحقّقين «١»: أنّ البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، و هو ما لو باع مال غيره لنفسه؛ لأنّه عكسه، و قد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد تملّك الثمن من دون بناءٍ و لا اعتقادٍ لتملّك المثمن؛ لأنّ المفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز.

[الوجه الرابع و المناقشات فيه و الجواب عنها]

و منها: أنّ الفضولى إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلّقت إجازة المالك بهذا الذى قصده البائع كان منافياً لصحّة العقد؛ لأنّ معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثمن بإجازته، و إن تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا ـ إمضاءً لنقل الفضولى، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، و المجاز غير مُنشَأ.

و قد أجاب المحقّق القمّى رحمه اللّه عن هذا «٢» فى بعض أجوبة مسائله بأنّ الإجازة فى هذه الصورة مصحّحة للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضا

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) كذا فى «ف»، و العبارة فى غيرها هكذا: و قد أجاب عن هذا المحقّق القمّى رحمه اللّه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٧٩

الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه «١»، و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثمّ ملكه «٢».

و قد صرّح فى موضع آخر: بأنّ حاصل الإجازة يرجع إلى أنّ العقد الذى قُصد إلى كونه واقعاً على المال المعيّن لنفس البائع الغاصب و المشترى العالم قد بدّلته على كونه «٣» على هذا الملك بعينه لنفسى، فيكون عقداً جديداً، كما هو أحد الأقوال فى الإجازة «۴».

و فيه: أنّ الإجازة على هذا تصير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز و المشترى؛ لأنّ المفروض عدم رضا المشترى ثانياً بالتبديل المذكور؛ لأنّ قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره فى مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشترى إنّما رضى «۵» بذلك الإيجاب المغاير لمؤدّى الإجازة، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، و بعدم الحاجة إلى قبول «۶» المشترى ثانياً، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشترى، و هذا خلاف الإجماع و العقل.

---

(١) جامع الشتات ٢: ٣١٩، و غنائم الأيام: ۵۵۴.

(٢) انظر جامع الشتات ٢: ٣٢٠ و ما بعدها، و غنائم الأيام: ۵۵۵.

(٣) فى «ش»: بكونه.

(۴) راجع جامع الشتات ٢: ٢٧۶، و فى الصفحة ٣١٨ منه نقل هذا القول عن صاحب كشف الرموز وفاقاً لشيخه المحقّق، و انظر أيضاً غنائم الأيام: ۵۴١ و ۵۵۴ أيضاً.

(۵) فى مصحّحة «ن» زيادة: فى قبوله.

(۶) فى غير «ش» و «ص»: «قول»، و صحّح فى هامش «ن» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٨٠

و أمّا القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم، و إنّما حكى كاشف الرموز عن شيخه «١»: أنّ الإجازة من مالك المبيع بيع مستقلّ فهو بيع بغير لفظ البيع قائم «٢» مقام إيجاب البائع، و ينضمّ إليه القبول المتقدّم «٣» من المشترى «۴».

و هذا لا يجرى فيما نحن فيه؛ لأنّه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشترى تمليك الثمن للبائع و تملّك المبيع منه، فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فلا ـ بدّ له «۵» من قبول آخر، فالاكتفاء عنه بمجرّد إجازة البائع الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفاية رضا البائع و إنشائه عن رضا المشترى و إنشائه، و هذا ما ذكرنا أنّه خلاف الإجماع و العقل.

فالأولى فى الجواب: منع مغايرة ما وقع لما أُجيز، و توضيحه:

أنّ البـائع الفضولى إنّمـا قصـد تمليك المثمن للمشترى بإزاء الثمن، و أمّا كون الثمن مالًا له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه

---

(١) لم يحكِ ذلک عن شيخه و هو المحقّق الحلّى قـدّس سـرّه بل حکم نفسه بالملازمـة بين القول بعـدم لزوم اللفظ فى البيع و كون الإجازة بمثابة عقد ثانٍ فقط.

(٢) العبارة فى «ش» هكذا: «بيع مستقلّ بغير لفظ البيع و هو قائم ..»، و هكذا فى مصحّحة «ن» إلّا أنّها بلفظ «فهو قائم».

(٣) فى غير «ف»: المقدّم.

(۴) انظر كشف الرموز ١: ۴۴۵ ۴۴۶.

(۵) كذا فى «ص» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ بدل «فلا بدّ له»: «فكذا بدله»، و فى مصحّحة «م»: فكذا لا بدّ من.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٨١

إلى مـا يقتضـيه مفهوم المعاوضـة من دخول العوض فى ملـک مالک المعوّض؛ تحقيقاً لمعنى المعاوضـة و المبادلـة، و حيث إنّ البائع يملِّک المثمن بانيـاً على تملّكه له و تسـلطه عليه عـدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلک بناؤه على تملّک الثمن و التسـلّط عليه، و هـذا معنى قصد بيعه لنفسه، و حيث إنّ المثمن ملک لمالكه واقعاً فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلک أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مـأخوذ فى مفهوم الإيجـاب حتّى يتردّد «١» الأـمر فى هـذا المقـام بين المحـذورين المـذكورين، بـل مفهوم الإيجاب هو تمليک المثمن بعوض من دون تعرّضٍ فيه لمن يرجع إليه العوض، إلّا باقتضاء المعاوضة لذلک.

و لكن يشـكل فيما إذا فرضـنا الفضولى مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل: تملّكت منک أو مَلَكْتُ هذا الثوب بهذه الدراهم؛ فإنّ مفهوم هـذا الإنشاء هو تملّک «٢» الفضولى للثوب، فلا مورد لإجازة مالک الـدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بـدّ من التزام كون الإجازة نقلًا مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولى الغاصب.

و بالجملة، فنسبـة «٣» المتكلّم الفضولى ملـک «۴» المثمن إلى نفسه بقوله: ملكت أو تملّكت، كإيقـاع المتكلّم الأصـلى التمليـک على المخاطب الفضولى

---

(١) كذا فى «ص»، و فى غيرها: تردّد.

(٢) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، «ع» و «ص»، و فى سائر النسخ: تمليک.

(٣) فى «ف»: نسبة.

(۴) كذا فى «ف» و مصحّحة «م» و «ن»، و فى «ش» و مصحّحة «ع»: بتملّک، و فى «خ» و مصحّحة «ص»: تملّک.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٨٢

بقوله: ملّكتک هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلک.

و بهـذا استشـكل العلّامـة رحمه اللّه فى التـذكرة، حيث قال: لو باع الفضولى مع جهل الآخر فإشـكال، من أنّ الآخر إنّما قصـد تمليک العاقد «١»، و لا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالـة العاقـد أو ولايته؛ لأنّه حينئذٍ إنّما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعمّ من كونه أصـليّاً أو نائبـاً، و لـذا يجوز مخاطبته و إسـناد الملک «٢» إليه مع علمه بكونه نائبـاً، و ليس إلّـا بملاحظـة المخـاطب باعتبار كونه نائباً، فإذا صـحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعمّ من كونه نائباً أو أصلياً، أمّا الفضولى فهو أجنبى عن المالک لا يمكن فيه ذلک الاعتبار.

و قد تفطّن بعض المعاصـرين «٣» لهـذا الإشـكال فى بعض كلمـاته، فـالتزم تارة ببطلان شـراء الغاصب لنفسه، مع أنّه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدّمة فى المسألة كما اعترف به أخيراً، و أُخرى بأنّ الإجازة إنّما تتعلّق بنفس مبادلة العوضين و إن كانت

خصوصيّة ملك المشترى الغاصب للمثمن مأخوذة فيها.

و فيه: أنّ حقيقة العقد فى العبارة التى ذكرناها فى الإشكال أعنى قول المشترى الغاصب: تملّكت أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلّا إنشاء تملّكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملّك المالك

---

(١) التذكرة ١: ۴۶٣.

(٢) فى «ف»: التمليك.

(٣) انظر مقابس الأنوار: ١٣١ ١٣٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٨٣

الأصلى له، بل يتوقّف «١» على نقل مستأنف.

فالأنسب فى التفصّى أن يقال: إنّ نسبة الملك «٢» إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله: «تملّكت منك»، أو قول غيره له: «ملّكتك» ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكاً للثمن اعتقاداً أو عدواناً؛ و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيّته للثمن «٣» التزمنا بلغويّته؛ ضرورة عدم تحقّق مفهوم المبادلة بتملّك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلّا إذا كان مالكاً حقيقياً أو ادّعائياً، فلو لم يكن أحدهما و عقد لنفسه لم يتحقّق المعاوضة و المبادلة حقيقة، فإذا قال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه: «تملّكت منك كذا بكذا» فالمنسوب إليه التملّك إنّما هو المتكلّم لا ـ من حيث هو، بل من حيث عدّ نفسه مالكاً اعتقاداً أو عدواناً، و حيث إنّ الثابت للشىء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية، فالمسند إليه التملّك حقيقة هو المالك للثمن «۴»، إلّا أنّ الفضولى لمّا بنى على أنّه «۵» المالك المسلّط على الثمن «۶» أسند ملك المثمن الذى هو بدل الثمن إلى

---

(١) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: توقّف.

(٢) فى «ع» و نسخة بدل «ن»، «خ» و «م»: «المالك»، و فى نسخة بدل «ع»: الملك.

(٣) فى «ف» و «خ» و مصحّحة «ع»: للمثمن.

(۴) فى «ف»، «خ» و «ع»: للمثمن.

(۵) فى «ف» زيادة: هو.

(۶) فى «ف»، «خ» و «ع»: المثمن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٨۴

نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلّقة بإنشاء الفضولى و هو التملّك المسند إلى مالك الثمن «١»، و هو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال المثمن «٢» إليه.

هذا، مع أنّه ربما يلتزم صحّة أن يكون الإجازة لعقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولى، ذكره شيخ مشايخنا فى شرحه على القواعد «٣»، و تبعه غير واحد من أجلّاء تلامذته «۴».

و ذكر بعضهم «۵» فى ذلك وجهين:

أحدهما: أنّ قضيّة بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمناً، حتّى أنّه على فرض صحّة ذلك البيع أو «۶» الشراء تملّكه «٧» قبل آن «٨» انتقاله إلى غيره، ليكون انتقاله إليه عن ملكه، نظير ما إذا قال: «أعتق عبدك عنّى» أو قال: «بع مالى عنك» أو «اشترِ لك بمالى كذا» فهو تمليك ضمنىّ حاصل ببيعه أو الشراء.

و نقول فى المقام أيضاً: إذا أجاز المالك صحّ البيع أو (٩) الشراء، و صحّته تتضمّن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أنّ الإجازة

(۱) فی «ف»، «خ» و «ع»: المثمن.

(۲) کذا فی «ص» و مصحّحتی «م» و «ن»، و فی سائر النسخ: الثمن.

(۳) انظر شرح القواعد (مخطوط): الورقة ۶۰.

(۴) منهم المحقّق التستری فی مقابس الأنوار: ۱۳۲.

(۵) لم نعثر علیه.

(۶) و (۹) فی «ش» بدل «أو»: و.

(۷) فی «ن»: یملکه.

(۸) لم ترد «آن» فی «ش»، و شطب علیها فی «م».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۸۵

المذکورة تصحّح البیع أو الشراء، کذلک تقضی بحصول الانتقال الذی یتضمّنه البیع الصحیح، فتلک الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق، قاضیة بتملیکه «۱» المبیع؛ لیقع البیع فی ملکه، و لا مانع منه.

الثانی: أنّه لا دلیل علی اشتراط کون أحد العوضین ملکاً للعاقد فی انتقال بدله إلیه، بل یکفی أن یکون مأذوناً فی بیعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: «بع هذا لنفسک» أو «اشتر لک بهذا» ملک الثمن فی الصورة الأُولی بانتقال المبیع عن مالکه إلی المشتری، و کذا ملک المثمن «۲» فی الصورة الثانیة، و یتفرّع علیه: أنّه لو اتّفق بعد ذلک فسخ المعاوضة رجع الملک إلی مالکه، دون العاقد.

أقول: و فی کلا الوجهین نظر:

أمّا «۳» الأوّل، فلأنّ صحّة الإذن فی بیع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة، کما تقدّم فی بعض فروع المعاطاة «۴»، مع أنّ قیاس الإجازة علی الإذن قیاس مع الفارق؛ لأنّ الإذن فی البیع یحتمل فیه أن یوجب من باب الاقتضاء تقدیر الملک آناً ما قبل البیع، بخلاف الإجازة؛ فإنّها لا تتعلّق إلّا بما وقع «۵» سابقاً، و المفروض أنّه لم یقع إلّا مبادلة مال الغیر بمال آخر.

(۱) فی «ع» و «ص»: بتملّکه.

(۲) فی «ف»، «خ» و «ع»: الثمن.

(۳) فی «ف» زیادة: فی.

(۴) تقدّم فی الصفحة ۸۳ و ۸۵.

(۵) کذا فی «ص» و «ش» و مصحّحة «ع»، و فی سائر النسخ: یقع.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۸۶

نعم، لمّا بنی هو علی ملکیة ذلک المال عدواناً أو اعتقاداً قصد «۱» بالمعاوضة «۲» رجوع البدل «۳» إلیه، فالإجازة من المالک إن رجعت إلی نفس المبادلة أفادت دخول البدل فی ملک المجیز، و إن رجعت إلی المبادلة منضمّة إلی بناء العاقد علی تملّک المال، فهی و إن أفادت دخول البدل فی ملک العاقد، إلّا أنّ مرجع هذا إلی إجازة ما بنی علیه العاقد من التملّک و إمضائه له؛ إذ بعد إمضائه یقع البیع فی ملک العاقد فیملک البدل، إلّا أنّ من المعلوم عدم الدلیل علی تأثیر الإجازة فی تأثیر «۴» ذلک البناء فی تحقّق متعلّقه شرعاً، بل الدلیل علی عدمه؛ لأنّ هذا ممّا لا یؤثّر فیه الإذن؛ لأنّ الإذن فی التملّک لا یؤثر التملّک، فکیف إجازته؟

و أمّا الثانی، فلما عرفت من منافاته لحقیقة البیع التی هی المبادلة؛ و لذا صرّح العلّامة رحمه اللّه فی غیر موضع من کتبه «۵» تارةً بأنّه لا یتصوّر، و أُخری بأنّه لا یعقل أن یشتری الإنسان لنفسه بمال غیره شیئاً، بل ادّعی بعضهم «۶» فی مسألة قبض المبیع: عدم «۷» الخلاف

فى بطلان قول مالك الثمن:

---

(١) كلمة «قصد» من «ش» و مصحّحة «ن».

(٢) فى «ف»: المعاوضة.

(٣) فى «ف» ظاهراً: المبدل.

(۴) لم ترد «تأثير» فى «ف».

(۵) انظر القواعد ١: ١۵١ و ١۶۶، و التذكرة ١: ۴٧٣.

(۶) ادّعاه صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ١٧۴.

(٧) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فى غيرها: بعدم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٨٧

«اشترِ لنفسك به طعاماً» و قد صرّح به الشيخ «١» و المحقّق «٢» و غيرهما «٣».

نعم، سيأتى فى مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشترى بالغصب «۴»، أنّ ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد و غيرهما-: أنّ الغاصب مسلّط على الثمن و إن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثمن المشترى، إلّا أن يحمل «۵» ذلك منهم على التزام تملّك «۶» البائع الغاصب للثمن «٧» مطلقاً كما نسبه الفخر رحمه اللّه إلى الأصحاب «٨»، أو آناً ما قبل أن يشترى به شيئاً؛ تصحيحاً للشراء.

و كيف كان، فالأولى فى التفصّى عن الإشكال المذكور فى البيع لنفسه ما ذكرنا «٩».

---

(١) راجع المبسوط ٢: ١٢١.

(٢) الشرائع ٢: ٣٢.

(٣) كالقاضى فى المهذّب ١: ٣٨٧، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢۵٢، و انظر مفتاح الكرامة ۴: ٧١۵.

(۴) يأتى فى الصفحة ۴٧١.

(۵) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: «يجعل»، إلّا أنّه صحّح فى أكثر النسخ بما أثبتناه.

(۶) كذا فى «ش»، و فى غيرها: «تمليك»، لكن صحّح فى «ن»، «م» و «ص» بما أثبتناه.

(٧) فى «ش» و مصحّحة «ع»: للمثمن.

(٨) إيضاح الفوائد ١: ۴١٧.

(٩) راجع الصفحة ٣٨٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٨٨

[الوجه الخامس و جوابه]

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا من أنّ نسبة ملك العوض حقيقة إنّما هو إلى مالك المعوّض، لكنّه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع إشكال آخر فى صحّة البيع لنفسه، مختصٍّ بصورة علم المشترى، و هو: أنّ المشترى الأصيل إذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم «١» بأنّ المالك لو ردّ فليس للمشترى الرجوع على البائع بالثمن، و هذا كاشف عن عدم تحقّق المعاوضة الحقيقية، و إلّا لكان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوضٍ إلى مالكه، و حينئذٍ فإذا أجاز المالك لم

يملك الثمن؛ لسبق اختصاص الغاصب به، فيكون البيع بلا ثمن «٢».

و لعلّ هذا هو الوجه فى إشكال العلّامة فى التذكرة، حيث قال بعد الإشكال فى صحّة بيع الفضولى مع جهل المشترى-: إنّ الحكم فى الغاصب مع علم المشترى أشكل «٣»، انتهى.

أقول: هذا الإشكال بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنّه ليس للمشترى استرداد الثمن مع ردّ المالك و بقائه «۴»، و بعد تسليم أنّ الوجه فى حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديرى الردّ و الإجازة، لا «۵» التسليط المراعى بعدم إجازة البيع إنّما يتوجّه على القول بالنقل،

(١) حكى ذلك عنهم الفخر فى الإيضاح كما تقدّم آنفاً، و أُنظر مفتاح الكرامة ۴: ١٩٣.

(٢) لم ترد «به فيكون البيع بلا ثمن» فى «ف».

(٣) التذكرة ١: ۴۶٣.

(۴) و بقائه» من «ف» و «ش» و مصحّحة «ن».

(۵) فى غير «ش»: «لأنّ»، لكنّه صحّح فى أكثر النسخ بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٨٩

حيث إنّ تسليط المشترى للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

و أمّا على القول بالكشف، فلا يتوجّه إشكال أصلًا؛ لأنّ الردّ كاشف عن كون تسليط المشترى تسليطاً له على مال نفسه، و الإجازة كاشفة عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض؛ و لذا لو لم يقبضه الثمن حتّى أجاز المالك أو ردّ، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشترى أو المالك، و سيأتى فى مسألة جواز تتبع العقود للمالك «١» تتمّة لذلك، فانتظر.

ثمّ اعلم: أنّ الكلام فى صحّة بيع الفضولى لنفسه غاصباً كان أو غيره إنّما هو فى وقوعه للمالك إذا أجاز، و هو الذى لم يفرّق المشهور بينه و بين الفضولى البائع للمالك، لا لنفسه.

و أمّا الكلام فى صحّة بيع الفضولى و وقوعه لنفسه إذا صار مالكاً للمبيع و أجاز سواء باع لنفسه أو المالك «٢» فلا دخل له بما نحن فيه؛ لأنّ الكلام هنا فى وقوع البيع للمالك، و هناك فى وقوعه للعاقد إذا ملك. و من هنا يعلم: أنّ ما ذكره فى الرياض من أنّ بيع الفضولى لنفسه باطل «٣» و نسب إلى التذكرة نفى الخلاف فيه «۴» فى غير محلّه، إلّا أن يريد ما ذكرناه، و هو خلاف ظاهر كلامه.

(١) يأتى فى الصفحة ۴۶٩ و ما بعدها.

(٢) فى مصحّحة «ن»: للمالك.

(٣) فى «ف»: فاسد.

(۴) الرياض ١: ۵١٢، و التذكرة ١: ۴۶٣، و تقدّمت عبارة التذكرة فى الصفحة ٣۶٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٩٠

بقى هنا أمران:

الأوّل: أنّه لا فرق على القول بصحّة بيع الفضولى بين كون مال الغير عيناً أو ديناً «١» فى ذمّة الغير،

و منه جعل العوض ثمناً أو مثمناً فى ذمّة الغير.

ثمّ إنّ تشخيص «۲» ما فى الذمّة الذى يعقد عليه الفضولى إمّا بإضافة الذمّة إلى الغير، بأن يقول: «بعت كرّاً من طعام فى ذمّة فلان بكذا» أو «بعت هذا بكذا فى ذمّة فلان» و حكمه: أنّه لو أجاز فلان يقع العقد له، و إن ردّ بطل رأساً.

و إمّا بقصده العقد له؛ فإنّه إذا قصده فى العقد تعيّن كونه صاحب الذمّة؛ لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين فى ملك غير مَن خرج عنه الآخر، إلّا على احتمال ضعيف تقدّم عن بعض «۳».

فكما أنّ تعيين العوض فى الخارج يغنى عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغنى عن تعيين الثمن الكلّى بإضافته إلى ذمّة شخص خاصّ، و حينئذٍ فإن أجاز من قصد مالكيّته «۴» وقع العقد «۵»، و إن ردّ فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعاً؛ لأنّ مقتضى ردّ العقد بقاء كلّ عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردّد فى باب الفضولى

---

(۱) كلمة «ديناً» من «ف» و «ش».

(۲) فى غير «ش» زيادة «كون»، لكن شطب عليها فى «ن».

(۳) تقدّم فى الصفحة ۳۸۴.

(۴) كذا فى «ف»، «خ» و «ش»، و فى سائر النسخ: ملكيّته.

(۵) فى «ف»، «ن» و «خ» زيادة: له.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۳۹۱

بين مالكه الأصلى و من وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكه و تردّده بين الفضولى و من وقع له العقد؛ إذ لو صحّ وقوعه للفضولى لم يحتج إلى إجازة و وقع له، إلّا أنّ الطرف الآخر لو لم يصدّقه على هذا القصد «۱» و حلف على نفى العلم حكم له على الفضولى؛ لوقوع «۲» العقد له ظاهراً، كما عن المحقّق «۳» و فخر الإسلام «۴» و المحقّق الكركى «۵» و السيورى «۶» و الشهيد الثانى «۷».

و قد يظهر من إطلاق بعض الكلمات كالقواعد «۸» و المبسوط «۹» وقوع العقد له واقعاً، و قد نسب ذلك إلى جماعة «۱۰» فى بعض فروع المضاربة.

و حيث عرفت أنّ «۱۱» قصد البيع للغير أو إضافته إليه فى اللفظ

---

(۱) فى «ف»، «ن» و «ع»: العقد.

(۲) فى مصحّحة «ن»: بوقوع.

(۳) الشرائع ۲: ۲۰۵.

(۴) إيضاح الفوائد ۲: ۳۴۷.

(۵) جامع المقاصد ۸: ۲۵۱ و ۲۵۲.

(۶) لم نقف عليه فى التنقيح.

(۷) المسالك ۵: ۳۰۰، و انظر المسالك ۴: ۳۷۹ أيضاً، و حكاه عنهم المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ۱۳۷.

(۸) انظر القواعد ۱: ۲۴۷.

(۹) انظر المبسوط ۲: ۳۸۶ و غيره من المواضع.

(۱۰) لم نقف على الناسب، انظر الشرائع ۲: ۱۴۲، و القواعد ۱: ۲۴۷، و الرياض ۱: ۶۰۷، و الجواهر ۲۶: ۳۸۴.

(۱۱) فى غير «ش» زيادة: «لازم»، إلّا أنّه شطب عليها فى «ن»، «خ» و «م».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۹۲

یوجب صرف الکلیّ إلی ذمّةِ ذلک الغیر، کما أنّ إضافة الکلّی إلیه یوجب صرف البیع أو الشراء إلیه و إن لم یقصده أو لم یضفه إلیه، ظهر من ذلک التنافی بین إضافة البیع إلی غیره و إضافة الکلّی إلی نفسه أو قصده من غیر إضافة، و کذا بین إضافة البیع إلی نفسه و إضافة الکلّی إلی غیره.

فلو جمع بین المتنافیین، بأن قال: «اشتریت هذا لفلان بدرهم فی ذمّتی» أو «اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمّة فلان» ففی الأوّل یحتمل البطلان؛ لأنّه فی حکم شراء شیء للغیر بعین ماله، و یحتمل إلغاء أحد القیدین و تصحیح المعاملة لنفسه أو للغیر «۱»، و فی الثانی یحتمل کونه من قبیل شرائه لنفسه بعین مال الغیر، فیقع للغیر بعد إجازته، لکن بعد تصحیح المعاوضة بالبناء علی التملّک فی ذمّة الغیر اعتقاداً، و یحتمل الصحّة بإلغاء قید «ذمّة الغیر»؛ لأنّ تقیید الشراء أوّلًا بکونه لنفسه یوجب إلغاء ما ینافیه من إضافة الذمّة إلی الغیر، و المسألة تحتاج إلی تأمّل.

ثمّ إنّه قال فی التذکرة: لو اشتری فضولیاً، فإن کان بعین مال الغیر، فالخلاف فی البطلان و الوقف علی الإجازة، إلّا أنّ أبا حنیفة قال: یقع «۲» للمشتری بکلّ «۳» حال «۴». و إن کان فی الذمّة لغیره و أطلق

---

(۱) فی «ص»: لغیره.

(۲) لم ترد «یقع» فی غیر «ش»، إلّا أنّها استدرکت فی «ن»، «م» و «ص».

(۳) کذا فی «ص» و مصحّحة «ن» و «م»، و فی سائر النسخ: لکلّ.

(۴) راجع المغنی؛ لابن قدامة ۴: ۲۲۷.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۹۳

اللفظ، قال علماؤنا: یقف علی الإجازة، فإن أجاز صحّ و لزمه أداء الثمن، و إن ردّ نفذ عن المباشر، و به قال الشافعی فی القدیم «۱» و أحمد «۲».

و إنّما یصحّ الشراء؛ لأنّه تصرّف فی ذمّته لا فی مال غیره، و إنّما وقف علی الإجازة لأنّه عقد الشراء له، فإن أجازه لزمه، و إن ردّه لزم من اشتراه، و لا فرق بین أن ینقد «۳» من مال الغیر أو لا.

و قال أبو حنیفة: یقع عن المباشر، و هو جدید للشافعی «۴»، انتهی.

و ظاهره الاتّفاق علی وقوع الشراء مع الردّ للمشتری واقعاً، کما یشعر به تعلیله بقوله: «لأنّه تصرّف فی ذمّته لا فی مال الغیر»، لکن أشرنا سابقاً «۵» إجمالًا إلی أنّ تطبیق هذا علی القواعد مشکل؛ لأنّه إن جعل المال فی ذمّته بالأصالة، فیکون ما فی ذمّته کعین «۶» ماله، فیکون کما لو باع عین ماله لغیره. و الأوفق بالقواعد فی مثل هذا: إمّا البطلان لو عمل بالنیّة؛ بناءً علی أنّه لا یعقل فی المعاوضة دخول عوض مال

---

(۱) انظر فتح العزیز (المطبوع ضمن المجموع) ۸: ۱۲۲، و المجموع ۹: ۲۶۰.

(۲) انظر المجموع ۹: ۲۶۰، و فتح العزیز ۸: ۱۲۲ و ۱۲۳، و حلیة العلماء ۴: ۷۷.

(۳) فی «خ»، «ع» و «ص»: «ینفذ»، لکن صحّح فی «ع» بما فی المتن.

(۴) التذکرة ۱: ۴۶۳.

(۵) انظر الصفحة ۳۸۱.

(۶) کذا فی «ش» و «ص»، و فی غیرهما: «کغیر»، إلّا أنّها صحّحت فی أکثر النسخ بما فی المتن.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۹۴

الغیر فی ملک غیره قهراً، و إمّا صحّته و وقوعه لنفسه لو ألغی النیّة؛ بناءً علی انصراف المعاملة إلی مالک العین قهراً «۱» و إن نوی خلافه.

و إن جعل المال فی ذمّته، لا من حیث الأصالة، بل من حیث جعل نفسه نائباً عن الغیر فضولًا، ففیه مع «۲» الإشکال فی صحّة هذا لو لم یرجع إلی الشراء فی ذمّة الغیر-: أنّ اللازم من هذا أنّ الغیر إذا ردّ هذه المعاملة و هذه النیابة تقع فاسدة من أصلها، لا أنّها تقع للمباشر. نعم، إذا عجز المباشر من إثبات ذلک علی البائع لزمه ذلک فی ظاهر الشریعة، کما ذکرنا سابقاً «۳» و نصّ علیه جماعة فی باب التوکیل «۴» و کیف کان، فوقوع المعاملة فی الواقع مردّدةً بین المباشر و المنویّ، دون التزامه خرط القتاد! و یمکن تنزیل العبارة «۵» علی الوقوع للمباشر ظاهراً، لکنّه بعید.

الثانی: الظاهر أنّه لا فرق فیما ذکرنا من أقسام بیع الفضولی بین البیع العقدی و المعاطاة؛

بناءً علی إفادتها للملک؛ إذ لا فارق بینها و بین العقد؛ فإنّ التقابض بین الفضولیّین أو فضولیّ و أصیلٍ إذا وقع بنیّة التملیک و التملّک فأجازه المالک، فلا مانع من وقوع المجاز من حینه أو من حین الإجازة، فعموم مثل قوله تعالی أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ «۶» شامل له.

---

(۱) لم ترد «قهراً» فی «ف».

(۲) کذا فی «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ بدل: «ففیه مع»: فمع.

(۳) تقدّما فی الصفحة ۳۹۱.

(۴) تقدّما فی الصفحة ۳۹۱.

(۵) یعنی ما نقله العلّامة عن علمائنا فی الصفحة السابقة، بقوله: «و إن ردّ نفذ عن المباشر».

(۶) البقرة: ۲۷۵.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۳۹۵

و یؤیده: روایة عروة البارقی «۱»؛ حیث إنّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة.

و توهّم الإشکال فیه: من حیث إنّ الإقباض الذی یحصل به التملیک محرّم؛ لکونه تصرّفاً فی مال الغیر فلا یترتّب علیه أثر، فی غیر محلّه؛ إذ قد لا یحتاج إلی إقباض مال الغیر، کما لو اشتری الفضولی لغیره فی الذمّة.

مع أنّه قد یقع الإقباض مقروناً برضا المالک؛ بناءً علی ظاهر کلامهم من أنّ العلم بالرضا لا یخرج المعاملة عن معاملة الفضولی.

مع أنّ النهی لا یدلّ علی الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ علی عدم ترتّب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض فی السببیة، فلا ینافی کونه جزءَ سبب.

و ربما یستدلّ علی ذلک «۲» بأنّ المعاطاة منوطة بالتراضی و قصد الإباحة أو التملیک، و هما من وظائف المالک، و لا یتصوّر صدورهما من غیره و لذا ذکر الشهید الثانی: أنّ المکره و الفضولی قاصدان للّفظ دون المدلول، و ذکر: أنّ قصد المدلول لا یتحقّق من غیر المالک «۳» و مشروطة أیضاً بالقبض و الإقباض من الطرفین أو من أحدهما مقارناً للأمرین، و لا أثر له إلّا إذا صدر من المالک أو بإذنه.

و فیه: أنّ اعتبار الإقباض و القبض فی المعاطاة عند مَن اعتبره

---

(۱) تقدّمت فی الصفحة ۳۵۱.

(٢) استدلّ على ذلك المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ١٣٨.

(٣) ذكره فى المسالك ٣: ١٥۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٩۶

فيها إنّما هو لحصول إنشاء التمليك أو الإباحة، فهو عندهم من الأسباب الفعلية كما صرّح الشهيد فى قواعده «١» و المعاطاة عندهم عقد فعلى، و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى «٢»، و حينئذٍ فلا مانع من أن يقصد الفضولى بإقباضه: المعنى القائم بنفسه، المقصود من قوله: «ملّكتك».

و اعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلى دون القولى مع اتّحاد أدلّة اعتبار الرضا و طيب النفس فى حلّ مال الغير لا يخلو عن تحكّم.

و ما ذكره من «٣» الشهيد الثانى لا يجدى فيما نحن فيه؛ لأنّا لا نعتبر فى فعل الفضولى أزيد من القصد الموجود فى قوله؛ لعدم الدليل، و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة فى العقد القولى أيضاً، إلّا أن يقال: إنّ مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولى إذا وقعت بالقول، لكنّك قد عرفت أنّ عقد «۴» الفضولى ليس على خلاف القاعدة «۵». نعم، لو قلنا: إنّ المعاطاة لا يعتبر فيها قبض و لو اتّفق معها، بل السبب المستقلّ هو تراضى المالكين بملكيّة «۶» كلٍّ منهما لمال صاحبه مطلقاً

---

(١) انظر القواعد و الفوائد ١: ۵٠، القاعدة ١٧، و ١٧٨، القاعدة ۴٧.

(٢) راجع الفتاوى الهندية ٣: ٢.

(٣) لم ترد «من» فى «ش»، و شطب عليها فى «ص».

(۴) فى «ش»: العقد.

(۵) تقدّم تحقيق ذلك فى أوائل المسألة فى الصفحة ٣۴٩ و ما بعدها.

(۶) فى نسخة بدل «ن»: بمالكية.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٩٧

أو مع وصولهما «١» أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولى.

نعم، الواقع منه إيصال المال، و المفروض أنّه لا مدخل له فى المعاملة، فإذا رضى المالك بمالكية من وصل إليه المال تحقّقت المعاطاة من حين الرضا و لم يكن إجازة لمعاطاة سابقة، لكنّ الإنصاف أنّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطاة و إنّما قصدهم إلى العقد الفعلى.

هذا كلّه على القول بالملك، و أمّا على القول بالإباحة، فيمكن القول ببطلان الفضولى؛ لأنّ إفادة المعاملة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين، مع أنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن، و الآثار الأُخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرّف إذا وقعت فى غير زمان الإباحة الفعلية، لم تؤثّر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة، اللّهم إلّا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف «٢» عنها الإجازة، فافهم.

---

(١) فى غير «ش» وصولها، إلّا أنّه صحّح فى «ن»، «ع» و «ص» بما فى المتن.

(٢) فى غير «ش»: انكشف، و لكن صحّح فى «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٣٩٩

القول فى الإجازة و الردّ

أمّا الكلام فى الإجازة:

اشارة

فيقع تارةً فى حكمها و شروطها، و أُخرى فى المجيز، و ثالثة فى المجاز.

أمّا حكمها،

[هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]

اشارة

فقد اختلف القائلون بصحّة الفضولى بعد اتّفاقهم على توقّفها على الإجازة فى كونها كاشفة بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد، أو ناقلة بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها حتّى كأنّ العقد وقع حال الإجازة، على قولين:

[الأكثر على الكشف]

[الكلام فى أدلة القائلين بالكشف و المناقشات فيها]

فالأكثر على الأوّل، و استدلّ عليه كما عن جامع المقاصد «۱» و الروضة «۲» بأنّ العقد سبب تامّ فى الملك؛ لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۳»، و تمامه فى الفضولى إنّما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبيّن كونه تامّاً يوجب «۴» ترتّب الملك عليه، و إلّا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد

---

(۱) جامع المقاصد ۴: ۷۴ ۷۵.

(۲) الروضة البهية ۳: ۲۲۹، و حكاه عنهما السيّد المجاهد فى المناهل: ۲۹۰.

(۳) المائدة: ۱.

(۴) فى «ش»: فوجب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۰۰

خاصّة، بل به مع شىء آخر.

و بأنّ الإجازة متعلّقة بالعقد، فهى «۱» رضا بمضمونه، و ليس إلّا نقل العوضين من حينه «۲».

و عن فخر الدين فى الإيضاح: الاحتجاج لهم بأنّها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم فى الموجود؛ لأنّ العقد حالها عدم «۳»، انتهى.

و يرد على الوجه الأوّل: أنّه إن أُريد بكون العقد سبباً تاماً كونه «۴» علّة تامّة للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلّم، إلّا أنّ بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، و لا يتبيّن كونه تامّاً؛ إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا، غاية الأمر: أنّ لازم صحّة عقد الفضولى كونها قائمة مقام الرضا المقارن، فيكون لها «۵» مدخل فى تماميّة السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها «۶».

و منه يظهر فساد تقرير الدليل «۷» بأنّ العقد الواقع جامع «۸» لجميع

(١) فى غير «ش»: فهو.

(٢) استدلّ بهذا السيّد الطباطبائى فى الرياض ١: ٥١٣، و المحقّق القمى فى جامع الشتات ٢: ٢٧٩، و غنائم الأيام: ٥۴٢.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ۴١٩.

(۴) فى غير «ش»: كونها.

(۵) فى غير «ش»: له.

(۶) فى غير «ش»: قبله.

(٧) قرّره الشهيد فى الروضة البهية ٣: ٢٢٩.

(٨) فى غير «ش» و «ص»: «جامعة»، إلّا أنّها صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٠١

الشروط، و «١» كلّها حاصلة إلّا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله.

فإنّه إذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟

و دعوى: أنّ الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هى بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبّب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس و إعطاء الفطرة قبل وقته فضلًا عن تقدّم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة، و كغسل العشاءَين لصوم اليوم الماضى على القول به «٢»-، مدفوعة: بأنّه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشرعى و غيره، و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلى، فهى كدعوى أنّ التناقض الشرعى بين الشيئين لا يمنع عن اجتماعهما؛ لأنّ النقيض الشرعى غير العقلى.

فجميع ما ورد ممّا يوهم ذلك «٣» لا بدّ فيه من التزام أنّ المتأخّر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب و الشرط: الأمر المنتزع من ذلك، لكن ذلك لا يمكن فى ما نحن فيه، بأن يقال: إنّ الشرط تعقّب الإجازة و لحوقها بالعقد، و هذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة؛ لمخالفته الأدلّة «۴»، اللّهم إلّا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقّف تأثير السبب

(١) لم ترد «الواو» فى «ف».

(٢) كما قوّاه النراقى فى المستند ٣: ٣٨.

(٣) فى «ش» زيادة: أنّه.

(۴) فى «ف»: للأدلّة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٠٢

المتقدّم فى زمانه على لحوقه، و هذا مع أنّه لا يستحقّ إطلاق الشرط عليه، غير صادق على الرضا؛ لأنّ المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله، و أنّه «١» لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس «٢»، و أنّه لا ينفع لحوقه فى حلّ تصرّف الغير و انقطاع سلطنة المالك.

و ممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله فى المقام بعض الأعلام «٣» بل التزم به غير واحد من المعاصرين «۴» من أنّ معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة: شرطية الوصف المنتزع منها، و هو كونها لاحقة للعقد فى المستقبل، فالعلّة التامّة: العقد الملحوق بالإجازة، و هذه صفة مقارنة للعقد و إن كان نفس الإجازة متأخّرة عنه.

و قد التزم بعضهم «۵» بما «۶» يتفرّع على هذا، من أنّه إذا علم المشترى أنّ المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرّف فيه بمجرّد

العقد، و فیه ما لا یخفی من المخالفة للأدلّة.

(۱) فی «ش»: لأنّه.

(۲) وردت عبارة «اعتبار رضا إلی طیب النفس» فی «ف» هکذا: اعتبار رضا المالک فی زمان التصرّف و أنّه لا یحلّ بدون طیب النفس.

(۳) احتمله صاحب الجواهر علی ما ذکره السیّد الیزدی فی حاشیته علی المکاسب: ۱۴۸، و انظر الجواهر ۲۲: ۲۸۶ ۲۸۷.

(۴) انظر الفصول الغرویة: ۸۰، و مفتاح الکرامة ۴: ۱۹۰، و المستند ۲: ۳۶۷.

(۵) انظر الجواهر ۲۲: ۲۸۸.

(۶) کذا فی «ف»، و فی سائر النسخ: «ممّا»، و قد صحّح فی «ن» و «ص» بما أثبتناه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۰۳

و یرد علی الوجه الثانی «۱»:

أوّلًا: أنّ الإجازة و إن کانت رضاً بمضمون العقد، إلّا أنّ مضمون العقد لیس هو النقل من حینه حتّی یتعلّق الإجازة و الرضا بذلک النقل المقیّد بکونه فی ذلک الحال، بل هو نفس النقل مجرّداً عن ملاحظة وقوعه فی زمان، و إنّما الزمان من ضروریات إنشائه؛ فإنّ قول العاقد: «بعت» لیس «نقلت من هذا الحین» و إن کان النقل المنشأ به واقعاً فی ذلک الحین، فالزمان ظرف للنقل لا قید له، فکما أنّ إنشاء مجرّد النقل الذی هو مضمون العقد فی زمان یوجب وقوعه من المنشئ فی ذلک الزمان، فکذلک إجازة ذلک النقل فی زمان یوجب وقوعه من المجیز فی زمان الإجازة، و کما أنّ الشارع إذا أمضی نفس العقد وقع النقل من زمانه، فکذلک إذا أمضی إجازة المالک وقع النقل من زمان «۲» الإجازة.

و لأجل ما ذکرنا لم یکن مقتضی القبول وقوع الملک من زمان الإیجاب، مع أنّه لیس إلّا رضاً بمضمون الإیجاب، فلو کان مضمون الإیجاب النقل من حینه و کان القبول رضا بذلک، کان معنی إمضاء الشارع للعقد الحکم بترتّب الأثر من حین الإیجاب؛ لأنّ الموجب ینقل من حینه، و القابل یتقبّل ذلک و یرضی به.

و دعوی: أنّ العقد سبب للملک فلا یتقدّم علیه، مدفوعة: بأنّ سببیّته للملک لیست إلّا بمعنی إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض

(۱) أی الوجه الثانی من وجوه الاستدلال علی کون الإجازة کاشفة، و هو ما ذکره بقوله: «و بأنّ الإجازة متعلّقة بالعقد .. إلخ»، راجع الصفحة ۴۰۰.

(۲) فی «ف» زیادة: إمضاء.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۰۴

مقتضاه مرکّباً من نقل فی زمانٍ و رضا بذلک النقل، کان مقتضی العقد الملک بعد الإیجاب.

و لأجل ما ذکرنا أیضاً لا یکون فسخ العقد إلّا انحلاله من زمانه، لا من زمان العقد؛ فإنّ الفسخ نظیر الإجازة و الردّ لا یتعلّق إلّا بمضمون العقد و هو النقل من حینه، فلو کان زمان وقوع النقل مأخوذاً فی العقد علی وجه القیدیّة لکان ردّه و حلّه موجباً للحکم بعدم الآثار من حین العقد.

و السرّ فی جمیع ذلک ما ذکرنا: من عدم کون زمان النقل إلّا ظرفاً، فجمیع ما یتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ، إنّما یتعلّق بنفس المضمون، دون المقیّد بذلک الزمان.

و الحاصل: أنّه لا إشکال فی حصول الإجازة بقول المالک: «رضیت بکون مالی لزید بإزاء ماله» أو «رضیت بانتقال مالی إلی زید» و

غیر ذلک من الألفاظ التی لاـ تعرّض فیها لإنشاء الفضولی فضلًا عن زمانه. کیف! و قد جعلوا تمکین الزوجة بالدخول علیها إجازة منها، و نحو ذلک، و من المعلوم: أنّ الرضا یتعلّق بنفس نتیجة العقد، من غیر ملاحظة زمان نقل الفضولی.

و بتقریر آخر: أنّ الإجازة من المالک قائمة مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولی أو مقام نفس إنشائه، فلا یصیر المالک بمنزلة العاقد إلّا بعد الإجازة، فهی إمّا شرط أو جزء سبب للملک.

و بعبارة أُخری: المؤثّر هو العقد المرضیّ به، و المقیّد من حیث إنّه مقیّد لا یوجد إلّا بعد القید، و لا یکفی فی التأثیر وجود ذات المقیّد

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۰۵

المجرّدة «۱» عن القید.

و ثانیاً: أنّا «۲» لو سلّمنا عدم کون الإجازة شرطاً اصطلاحیاً لیؤخذ فیه تقدّمه علی المشروط، و لا جزء سبب، و إنّما هی من المالک محدثةٌ للتأثیر فی العقد السابق و جاعلةٌ له «۳» سبباً تامّاً حتّی کأنه وقع مؤثّراً، فیتفرّع علیه أنّ مجرّد رضا المالک بنتیجة العقد أعنی محض الملکیة من غیر التفات إلی وقوع عقد سابق لیس «۴» بإجازة؛ لأنّ معنی «إجازة العقد»: جعله جائزاً نافذاً ماضیاً، لکن نقول: لم یدلّ دلیل علی إمضاء الشارع لإجازة المالک علی هذا الوجه؛ لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تکلیف یتوجّه إلی العاقدین کوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم: أنّ المالک لا یصیر عاقداً أو بمنزلته إلّا بعد الإجازة فلا یجب الوفاء إلّا بعدها، و من المعلوم: أنّ الملک الشرعی یتبع الحکم الشرعی، فما لم یجب الوفاء فلا ملک.

و ممّا ذکرنا یعلم: عدم صحّة الاستدلال للکشف بدلیل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوی: أنّ الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام «۵»

---

(۱) فی «ف»: المجرّد.

(۲) کذا فی «ش» و مصحّحة «ن»، و فی غیرهما: و أمّا ثانیاً فلأنا.

(۳) کذا فی «ش» و مصحّحتی «ن» و «ص»، و فی غیرها بدل «جاعلة له»: جاعله.

(۴) کذا فی «ش» و مصحّحتی «ن» و «ص»، و فی غیرها: لیست.

(۵) کذا فی «ف» و «ش»، و فی غیرهما: «الإلزام»، إلّا أنّها صححت فی أکثر النسخ بما أثبتناه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۰۶

بالنقل من حین العقد، و قس علی ذلک ما لو کان دلیل الملک عموم أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ «۱» فإنّ الملک ملزوم لحلّیة التصرّف «۲»، و قبل «۳» الإجازة لا یحلّ التصرّف، خصوصاً إذا علم عدم رضا المالک باطناً أو تردّده فی الفسخ و الإمضاء.

و ثالثاً: سلّمنا دلالة الدلیل علی إمضاء الشارع لإجازة المالک علی طبق مفهومها اللغوی و العرفی أعنی جعل العقد السابق جائزاً ماضیاً بتقریب أن یقال: إنّ معنی الوفاء بالعقد: العمل بمقتضاه و مؤدّاه العرفی، فإذا صار العقد بالإجازة «۴» کأنه «۵» وقع مؤثّراً ماضیاً «۶»، کان مقتضی العقد المُجاز عرفاً ترتّب الآثار من حینه، فیجب شرعاً العمل به علی هذا الوجه.

لکن نقول بعد الإغماض عن أنّ مجرّد کون الإجازة بمعنی جعل العقد السابق جائزاً نافذاً، لا یوجب کون مقتضی العقد و مؤدّاه العرفی ترتّب الأثر من حین العقد، کما أنّ کون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإیجاب و إمضاءً «۷» له لاـ یوجب ذلک، حتّی یکون مقتضی الوفاء بالعقد

---

(۱) البقرة: ۲۷۵.

(۲) فى «ف»: لحلّية الإجازة.

(۳) فى «ع»، «ص» و «ش»: فقبل.

(۴) فى «م» و «ع» زيادة: ماضياً ظ.

(۵) فى غير «ف» و «ش»: «فكأنه»، و لكن صحّح فى «خ» و «ن» بما أثبتناه.

(۶) العبارة فى مصحّحة «ص» هكذا: فإذا صار العقد بالإجازة مؤثّراً ماضياً ..

(۷) كذا فى «ش» و مصحّحتى «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: إمضائه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۰۷

ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمّل-:

إنّ «۱» هذا المعنى على حقيقته غير معقول؛ لأنّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له؛ لاستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه، فإذا دلّ الدليل الشرعى على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدّ من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثّراً من حيث ترتّب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حَكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشترى و إن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه.

و الحاصل: أنّه يعامل بعد الإجازة معاملةَ العقد الواقع مؤثّراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، و هذا نقل حقيقىّ فى حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتى الثمرة بينه و بين الكشف الحقيقى «۲».

و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلّا الأُستاذ شريف العلماء قدّس سرّه فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته، و إلّا فظاهر كلام القائلين بالكشف أنّ الانتقال فى زمان العقد؛ و لذا عنون العلّامة رحمه اللّه فى القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله: «و فى زمان الانتقال إشكال» «۳». فجعل النزاع فى هذه المسألة نزاعاً فى زمان الانتقال.

---

(۱) فى «ش» و «ص» بدل «أنّ»: إذ.

(۲) يأتى فى الصفحة ۴۱۰ و ما بعدها.

(۳) القواعد ۱: ۱۲۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۰۸

[معانى الكشف]

و قد تحصّل ممّا ذكرنا: أنّ كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة، قال بكلٍّ «۱» منها قائل:

أحدها و هو المشهور-: الكشف الحقيقى و التزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخّراً؛ و لذا اعترضهم «۲» جمال المحقّقين فى حاشيته على الروضة «۳» بأنّ الشرط لا يتأخّر «۴».

و الثانى: الكشف الحقيقى و التزام كون الشرط تعقّب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة؛ فراراً عن لزوم تأخّر الشرط عن المشروط، و التزم بعضهم بجواز التصرّف قبل الإجازة لو علم تحقّقها فيما بعد «۵».

الثالث: الكشف الحكمى، و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقّق الملك فى الواقع إلّا بعد الإجازة.

و قد تبيّن من تضاعيف كلماتنا: أنّ الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل، ثمّ بعده الكشف الحكمى، و أمّا الكشف الحقيقى مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد فى غاية الإشكال؛ و لذا استشكل فيه العلّامة فى القواعد «۶» و لم يرجّحه المحقّق الثانى فى حاشية الإرشاد «۷»،

(۱) فى غير «ص» و «ش»: لكلّ.

(۲) فى «ص» كتب فوق الكلمة: اعترض عليهم ظ.

(۳) فى «ف»: حاشية الروضة.

(۴) انظر حاشية الروضة: ۳۵۸.

(۵) تقدّم فى الصفحة ۴۰۲.

(۶) القواعد ۱: ۱۲۴.

(۷) حاشية الإرشاد (مخطوط): ۲۱۹.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۴۰۹

بل عن الإيضاح اختيار خلافه «۱»، تبعاً للمحكى عن كاشف الرموز «۲» و قوّاه فى مجمع البرهان «۳»، و تبعهم كاشف اللثام فى النكاح «۴».

هذا بحسب القواعد و العمومات، و أمّا الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس «۵»: الكشف كما صرّح به فى الدروس «۶» و كذا الأخبار التى بعدها «۷»، لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمى. نعم، صحيحة أبى عبيدة الواردة فى تزويج الصغيرين فضولًا، الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى أجاز فمات، للزوجة الغير المدركة حتّى تدرك و تحلف «۸» ظاهرة فى قول الكشف؛ إذ لو كان مال الميّت قبل إجازة الزوجة باقية «۹» على ملك سائر الورثة، كان العزل

(۱) الإيضاح ۱: ۴۲۰، و حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۸۹، و قال: و هو الظاهر من الفخر فى الإيضاح.

(۲) انظر كشف الرموز ۱: ۴۴۵ ۴۴۶.

(۳) مجمع الفائدة ۸: ۱۵۹.

(۴) لم نعثر على التصريح بذلك فيه، لكن قال السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة (۴: ۱۸۹): و إليه مال صاحب كشف اللثام فى باب النكاح، (انظر كشف اللثام ۲: ۲۲).

(۵) المتقدّمة فى الصفحة ۳۵۳.

(۶) الدروس ۳: ۲۳۳.

(۷) و هى روايات تقدّمت فى الصفحات ۳۵۸ ۳۶۳. هذا، و فى «ش» شطب على عبارة: «التى بعدها».

(۸) الوسائل ۱۷: ۵۲۷، الباب ۱۱ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأوّل.

(۹) كذا فى النسخ، و المناسب: باقياً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۴۱۰

مخالفاً لقاعدة «تسلّط الناس على أموالهم»، فإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» «۱» يفيد أنّ العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثةً فى الواقع، فكأنه احتياط فى الأموال قد غلّبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يُحتمل.

بقى الكلام فى بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل.

فنقول: أمّا الثمرة على الكشف الحقيقى، بين كون نفس الإجازة شرطاً، و كون الشرط تعقّب العقد بها و لحوقها له، فقد يظهر فى جواز تصرّف كلٍّ منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولى إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

و أمّا الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى مع كون نفس الإجازة شرطاً، يظهر «٢» فى مثل ما إذا وطئ المشترى الجارية قبل إجازة مالكها فأجاز، فإنّ الوطء على الكشف الحقيقى حرام ظاهراً؛ لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً؛ لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه.

و لو أولدها صارت أُمّ ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى؛ لأنّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً: ترتّب حكم وقوع الوطء فى الملك، و يحتمل عدم تحقّق الاستيلاد على الحكمى؛ لعدم تحقّق حدوث الولد فى الملك و إن حكم بملكيته للمشترى بعد ذلك.

---

(١) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

(٢) فى «ص»: فإنّه يظهر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٤١١

و لو نقل المالك [أُمّ «١»] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقى؛ لانكشاف وقوعه فى ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزلة الردّ و بقى صحيحاً على الكشف الحكمى، و على المجيز قيمتها «٢»؛ لأنّه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه و مقتضى صحّة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما فى الفسخ بالخيار مع انتقال متعلّقه بنقل لازم.

و ضابط الكشف الحكمى: الحكم بعد الإجازة بترتّب آثار ملكية المشترى من حين العقد، فإن ترتّب شىء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة، جمع بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل، و إن نافى الإجازة كإتلاف العين عقلًا أو شرعاً كالعتق فات محلّها، مع احتمال الرجوع إلى البدل، و سيجى‌ء.

ثمّ، إنّهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع:

منها: النماء،

فإنّه على الكشف بقولٍ مطلق لمن انتقل إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه، و للشهيد الثانى فى الروضة عبارةٌ «٣»، توجيه

---

(١) لم يرد فى «ف»، و الظاهر عدم وروده فى النسخة الأصلية، حيث كتب فوقه فى «ن»، «خ»، «م» و «ع» العلامة: «ظ».

(٢) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: قيمته.

(٣) و العبارة هى: «و تظهر الفائدة فى النماء، فإن جعلناها كاشفة، فالنماء المنفصل المتخلّل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشترى، و نماء الثمن المعيّن للبائع، و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز» الروضة البهية ٣: ٢٢٩ ٢٣٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٤١٢

المراد منها كما فعله بعض «١» أولى من توجيه حكم ظاهرها، كما تكلّفه آخر «٢».

و منها: أنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل، دون الكشف،

بمعنى أنّه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل «٣» فى كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة؛ فإنّ العقد تامّ من طرف الأصيل، غاية الأمر تسلّط الآخر على فسخه، و هذا مبنىّ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقّق شرط صحّة العقد كالقبض فى الهبة و الوقف و الصدقة فلا يرد ما اعترضه بعض: من منع جواز الإبطال على القول بالنقل؛ معلّلًا بأنّ ترتّب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشترى فيه «٤».

و فيه: أنّ الكلام فى أنّ عدم تخلّل الفسخ بين جزئى السبب

(۱) كما وجّهه جمال الدين فى حاشية الروضة: ۳۵۸ بكون العقد فضولياً من الطرفين.

(۲) المراد منه ظاهراً صاحب مفتاح الكرامة و بعض من تبعه كما فى غاية الآمال: ۳۸۰ و راجع مفتاح الكرامة ۴: ۱۹۰، و غنائم الأيام: ۵۴۲ ۵۴۳، و جامع الشتات ۲: ۲۸۱.

(۳) فى «م»، «ع» و «ش»: القائل.

(۴) أورد الاعتراض المحقّق القمى فى غنائم الأيام: ۵۴۳، و جامع الشتات ۲: ۲۸۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۱۳

شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقّق الشرط غير مجدٍ فى وجود المسبّب؛ فالأولى فى سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلّل الفسخ بإطلاقات صحّة العقود و لزومها، و لا يخلو عن إشكال.

و منها: جواز تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل،

و إن قلنا بأنّ فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جارية من فضولىٍّ جاز له وطؤها، و إن استولدها صارت أُمّ ولد؛ لأنّها ملكه، و كذا لو زوّجت نفسها من فضولى جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة فى المثالين لغت؛ لعدم بقاء المحلّ قابلًا.

و الحاصل: أنّ الفسخ القولى و إن قلنا: إنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلّا أنّ له فعل ما ينافى انتقال المال عنه على وجه يفوّت محلّ الإجازة، فينفسخ العقد بنفسه بذلك.

و ربما احتُمل عدم جواز التصرّف على هذا القول أيضاً؛ و لعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد فى حقّ الأصيل و إن لم يجب فى الطرف الآخر، و هو الذى يظهر من المحقّق الثانى فى مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب؛ حيث قال: لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرّف فى العين لإمكان الإجازة، سيّما على القول بالكشف «۱»، انتهى.

و فيه: أنّ الإجازة على القول بالنقل له مدخل فى العقد شرطاً أو شطراً، فما لم يتحقّق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من «۲»

(۱) جامع المقاصد ۶: ۳۳۱.

(۲) لم ترد «من» فى «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۱۴

المتعاقدين؛ لأنّ المأمور بالوفاء به «۱» هو العقد المقيّد الذى لا يوجد إلّا بعد القيد.

هذا «۲» كلّه على النقل، و أمّا على القول بالكشف، فلا يجوز التصرّف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلّامة و السيّد العميدى «۳» و المحقّق الثانى «۴» و ظاهر غيرهم.

و ربما اعترض عليه بعدم المانع له «۵» من التصرّف؛ لأنّ مجرّد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع، لا يقدح فى السلطنة الثابتة له؛ و لذا صرّح بعض المعاصرين بجواز التصرّف مطلقاً. نعم، إذا حصلت «۶» الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرّف منافٍ لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه. قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرّف «۷»، انتهى.

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه، و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتّى مع العلم بعدم إجازة

(۱) لم ترد «به» فى «ش».

(٢) فی غیر «ف»: و هذا.

(٣) انظر کنز الفوائد ١: ٣٨٥.

(۴) راجع الصفحهٔ السابقهٔ.

(۵) لم ترد «له» فی «ف».

(۶) فی غیر «ف»: حصل.

(٧) لم نعثر علیه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثهٔ)، ج٣، ص: ۴١۵

المالک، و من هنا یظهر أنّه لا فائدهٔ فی أصالهٔ عدم الإجازهٔ.

لکن مـا ذکره البعض «١» المعاصـر صـحیح علی مـذهبه فی الکشف: من کون العقد مشـروطاً بتعقّبه بالإجازهٔ؛ لعدم إحراز الشـرط مع الشـکّ، فلا- یجب الوفـاء به علی أحـد من المتعاقـدین: و أمّا علی المشـهور فی معنی الکشف: من کون نفس الإجازهٔ المتأخّرهٔ شـرطاً لکون العقـد السابق بنفسه مؤثّراً تامّاً، فالذی یجب الوفاء به هو نفس العقد من غیر تقیید، و قد تحقّق، فیجب علی الأصـیل الالتزام به و عدم نقضه إلی أن ینقض؛ فإنّ ردّ المالک فسخٌ للعقد «٢» من طرف الأصیل، کما أنّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولی.

و الحاصل: أنّه إذا تحقّق العقـد، فمقتضـی العموم علی القول بالکشف، المبنیّ علی کون ما یجب الوفاء به هو العقـد من دون ضـمیمهٔ شیءٍ شـرطاً أو شـطراً-: حرمهٔ نقضه علی الأصـیل مطلقاً، فکلّ تصرّف یعدّ نقضاً لعقد المبادلهٔ بمعنی عدم اجتماعه مع صحّهٔ العقد فهو غیر جائز.

و من هنا تبیّن فساد توهّم: أنّ العمل بمقتضی العقد کما یوجب حرمهٔ تصرّف الأصیل فیما انتقل عنه، کذلک یوجب جواز تصرّفه فیما انتقل إلیه؛ لأنّ مقتضـی العقـد مبادلـهٔ المالین، فحرمـهٔ التصـرّف فی ماله مع حرمهٔ التصـرّف فی عوضه ینافی «٣» مقتضـی العقد، أعنی المبادلهٔ.

---

(١) فی «ف»: بعض.

(٢) کذا فی «ف»، و فی سائر النسخ: العقد.

(٣) فی «ص»: تنافی.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثهٔ)، ج٣، ص: ۴١۶

توضیـح الفساد: أنّ الثابت من وجوب وفاء العاقـد بما التزم علی نفسه من المبادلـهٔ: حرمـهٔ نقضه و التخطّی عنه، و هـذا لا یدلّ إلّا علی حرمـهٔ التصـرّف فی مـاله؛ حیث التزم بخروجه عن ملکه و لو بالبـدل، و أمّا دخول البـدل فی ملکه فلیس ممّا التزمه علی نفسه، بل ممّا جعله لنفسه، و مقتضـی الوفاء بالعقد حرمهٔ رفع الید عمّا التزم علی نفسه، و أمّا قید «کونه بإزاء مالٍ» فهو خارج عن الالتزام علی نفسه و إن کان داخلًا فی مفهوم المبادلـهٔ، فلو لم یتصـرّف فی مال صاحبه لم یکن ذلک نقضاً للمبادلهٔ، فالمرجع فی هذا التصـرّف فعلًا و ترکاً «١» إلی ما یقتضیه الأصل، و هی أصالهٔ عدم الانتقال.

و دعوی: أنّ الالـتزام المـذکور إنّمـا هو علی تقـدیر الإجـازهٔ و دخول البـدل فی ملکه، فالالـتزام معلّق علی تقـدیر لم یعلم تحقّقه، فهو کالنذر المعلّق علی شـرط؛ حیث حکم جماعهٔ «٢» بجواز التصـرّف فی المال المنـذور قبل تحقّق الشـرط إذا لم یعلم بتحقّقه، فکما أنّ التصـرّف حینئـذٍ لا یعدّ حنثاً، فکذا التصـرّف فیما نحن فیه قبل العلم بتحقّق الإجازهٔ لا یعدّ نقضاً لما التزمه؛ إذ لم یلتزمه فی الحقیقهٔ إلّا معلّقاً.

مدفوعهٔ بعد تسلیم جواز التصرّف فی مسألهٔ النذر المشهورهٔ بالإشکال-: بأنّ «٣» الفرق بینهما أنّ الالتزام هنا غیر معلّق علی الإجازهٔ،

(۱) فی «ن»، «خ» و «م»: أو ترکاً.

(۲) منهم المحقّق فی الشرائع ۳: ۱۰۸، و الشهید الأوّل فی الدروس ۲: ۲۰۵، و الشهید الثانی فی الروضهٔ البهیهٔ ۶: ۲۹۴ ۲۹۶ و المسالک ۱۰: ۳۰۶، و التستری فی مقابس الأنوار: ۱۹۲ ۱۹۳.

دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثهٔ)، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم – ایران، اول، ۱۴۱۵ ه ق

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثهٔ)؛ ج۳، ص: ۴۱۶

(۳) فی غیر «ص»: أنّ.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۴۱۷

و إنّما التزم بالمبادلهٔ متوقّعاً للإجازهٔ، فیجب علیه الوفاء به، و یحرم علیه نقضه إلی أن یحصل ما یتوقّعه من الإجازهٔ، أو ینتقض التزامه بردّ المالک.

و لأجل ما ذکرنا من اختصاص حرمهٔ النقض بما یعدّ من التصرّفات منافیاً لما التزمه الأصیل علی نفسه، دون غیرها قال فی القواعد فی باب النکاح: و لو تولّی الفضولی أحد طرفی العقد ثبت فی حقّ المباشر تحریم المصاهرهٔ، فإن کان زوجاً حرمت علیه الخامسهٔ و الأُخت و الأُمّ و البنت، إلّا إذا فسخت، علی إشکال فی الأُمّ، و فی الطلاق نظر؛ لترتّبه علی عقد لازم، فلا یبیح «۱» المصاهرهٔ، و إن کانت زوجهٔ لم یحلّ لها نکاح غیره إلّا إذا فسخ، و الطلاق هنا «۲» معتبر «۳»، انتهی.

و عن کشف اللثام نفی الإشکال «۴»، و قد صرّح أیضاً جماعهٔ بلزوم النکاح المذکور من طرف الأصیل، و فرّعوا علیه تحریم المصاهرهٔ «۵».

و أمّا مثل النظر إلی المزوّجهٔ فضولًا و إلی أُمّها مثلًا و غیره ممّا لا یعدّ ترکه نقضاً لما التزم العاقد علی نفسه، فهو باقٍ تحت الأُصول؛

(۱) کذا فی «ش» و مصحّحهٔ «ن» و المصدر، و فی سائر النسخ: فلا یقع.

(۲) لم ترد «هنا» فی غیر «ف» و «ش»، و زیدت فی «ن» تصحیحاً.

(۳) القواعد ۲: ۷.

(۴) کشف اللثام ۲: ۲۳.

(۵) کما فرّع علیه المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ۱۲: ۱۵۹، و البحرانی فی الحدائق ۲۳: ۲۸۸ ۲۸۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۴۱۸

لأنّ ذلک من لوازم علاقهٔ الزوجیهٔ الغیر الثابتهٔ، بل المنفیّهٔ بالأصل، فحرمهٔ نقض العاقد لما عقد علی نفسه لا یتوقّف علی ثبوت نتیجهٔ العقد أعنی علاقهٔ الملک أو الزوجیهٔ بل ثبوت النتیجهٔ تابع لثبوت حرمهٔ النقض من الطرفین.

ثمّ إنّ بعض متأخّری المتأخّرین ذکر ثمرات أُخر لا بأس بذکرها للتنبّه بها

«۱» و بما یمکن أن یقال علیها:

منها: ما لو انسلخت قابلیّهٔ الملک عن أحد المتبایعین بموته قبل إجازهٔ الآخر أو بعروض کفر بارتداد فطریّ أو غیره مع کون المبیع

عبداً مسلماً أو مُصحَفاً، فیصحّ حینئذٍ علی الکشف دون النقل.

و کذا لو انسلخت قابلیّة المنقول بتلفٍ أو عروض نجاسة له مع میعانه .. إلی غیر ذلک.

و فی مقابله ما لو تجدّدت القابلیة قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد، کما لو تجدّدت الثمرة و بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة، و فیما قارن العقد فقد الشروط «۲» ثمّ حصلت «۳» و بالعکس «۴».

و ربما یعترض «۵» علی الأوّل: بإمکان دعوی ظهور الأدلّة فی

---

(۱) لم ترد «للتنبّه بها» فی «ف».

(۲) کذا فی «ش» و المصدر، و فی سائر النسخ: الشرط.

(۳) فی مصحّحتی «ن» و «ص»: حصل.

(۴) إلی هنا ینتهی ما ذکره بعض متأخّری المتأخرین و هو کاشف الغطاء فی شرحه علی القواعد (مخطوط): ۶۲ مع تغییر فی العبارة.

(۵) اعترض علیه صاحب الجواهر فی الجواهر ۲۲: ۲۹۱.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۱۹

اعتبار استمرار القابلیة إلی حین الإجازة علی الکشف، فیکشف الإجازة عن حدوث الملک من حین العقد مستمرّاً إلی حین الإجازة.

و فیه: أنّه لا وجه لاعتبار استمرار القابلیّة، و لا استمرار التملّک المکشوف عنه بالإجازة إلی حینها، کما لو وقعت بیوع متعدّدة علی ماله «۱»، فإنّهم صرّحوا بأنّ إجازة الأوّل توجب صحّة الجمیع «۲»، مع عدم بقاء مالکیة الأوّل مستمرّاً، و کما یشعر بعض أخبار المسألة المتقدّمة؛ حیث إنّ ظاهر بعضها و صریح الآخر «۳» عدم اعتبار حیاة المتعاقدین حال الإجازة، مضافاً إلی فحوی خبر تزویج الصغیرین «۴» الذی یصلح ردّاً «۵» لما ذکر فی الثمرة الثانیة أعنی: خروج المنقول عن قابلیة تعلّق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه فإنّ موت أحد الزوجین کتلف أحد العوضین فی فوات أحد رکنی العقد، مضافاً إلی إطلاق روایة عروة «۶»، حیث لم یستفصل النبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلم عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه «۷».

---

(۱) فی «ص»: مال.

(۲) راجع المسالک ۳: ۱۵۸، و غنائم الأیام: ۵۴۳، و جامع الشتات ۲: ۲۸۲ ۲۸۳، و مفتاح الکرامة ۴: ۱۹۱، و الجواهر ۲۲: ۲۹۲.

(۳) مثل روایة ابن أشیم، المتقدّمة فی الصفحة ۳۶۱.

(۴) المتقدّم فی الصفحة ۴۰۹.

(۵) کلمة «ردّاً» من «ش» و مصحّحة «ن».

(۶) المتقدّمة فی الصفحة ۳۵۱.

(۷) کذا فی النسخ، و المناسب: ذبحها و إتلافها.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۲۰

نعم، ما ذکره أخیراً من تجدّد القابلیّة بعد العقد حال الإجازة لا یصلح ثمرة للمسألة؛ لبطلان العقد ظاهراً علی القولین، و کذا فیما لو قارن العقد فقد الشرط.

و بالجملة، فباب المناقشة و إن کان واسعاً، إلّا أنّ الأرجح فی النظر ما ذکرناه.

و ربما یقال «۱» بظهور الثمرة فی تعلّق الخیارات و حقّ الشفعة و احتساب مبدأ الخیارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الایمان و النذور المتعلّقة بمال البائع أو المشتری، و تظهر الثمرة أیضاً فی العقود المترتّبة علی الثمن أو المثمن، و سیأتی إن شاء اللّه.

(۱) قاله کاشف الغطاء فی شرحه علی القواعد (مخطوط)، الورقة ۶۲.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۲۱

[أما شروطها]

و ینبغی التنبیه علی أُمور:

الأوّل أنّ الخلاف فی کون الإجازة کاشفة أو ناقلة لیس فی مفهومها اللغوی

و معنی الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل فی حکمها الشرعی بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالک و أدلّة وجوب الوفاء بالعقود و غیرهما من الأدلّة الخارجیة، فلو قصد المجیز الإمضاء من حین الإجازة علی القول بالکشف، أو «۱» الإمضاء من حین العقد علی القول بالنقل، ففی صحّتها وجهان.

الثانی أنّه یشترط فی الإجازة أن یکون باللفظ الدالّ علیه «2» علی وجه الصراحة العرفیة،

اشارة

کقوله: «أمضیت» و «أجزت» و «أنفذت» و «رضیت»، و شبه ذلک.

و ظاهر روایة البارقی «۳» وقوعها بالکنایة، و لیس ببعید إذا اتّکل

(۱) فی «م» بدل «أو»: و.

(۲) کذا فی النسخ، و المناسب: «أن تکون باللفظ الدالّ علیها» کما فی مصحّحة «ص».

(۳) تقدّمت فی الصفحة ۳۵۱.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۲۲

علیه «۱» عرفاً.

[کفایة الفعل الکاشف عن الرضا فی الإجازة]

و الظاهر أنّ الفعل الکاشف عرفاً عن الرضا بالعقد کافٍ، کالتصرّف فی الثمن، و منه إجازة البیع الواقع علیه کما سیجیء «۲» و کتمکین الزوجة من الدخول بها إذا زوّجت فضولًا، کما صرّح به العلّامة قدّس سرّه «۳».

و ربما یحکی عن بعضٍ اعتبار اللفظ «۴»، بل نسب إلی صریح جماعة و ظاهر آخرین «۵»، و فی النسبة نظر.

و استدلّ علیه بعضهم «۶»: من أنّه «۷» کالبیع فی استقرار الملک، و هو یشبه المصادرة.

و یمکن أن یوجّه: بأنّ الاستقراء فی النواقل الاختیاریة اللازمة کالبیع و شبهه یقتضی اعتبار اللفظ، و من المعلوم أنّ النقل الحقیقی العرفی من المالک یحصل بتأثیر الإجازة.

و فیه نظر، بل لولا شبهة الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرین «۸» تعیّن القول بکفایة نفس الرضا إذا علم حصوله من أیّ

(۱) کذا فی النسخ، و المناسب: «علیها»، کما استظهره مصحّح «ص».

(۲) يجىء فى الصفحة ۴۶۹ فى الأمر الثالث «الكلام فى المجاز».

(۳) انظر القواعد ۲: ۸.

(۴) اعتبره الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ۲: ۲۷.

(۵) نسبه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۹۸.

(۶) استدلّ عليه الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ۲: ۲۷.

(۷) فى مصحّحة «ص»: بأنّها.

(۸) انظر مفتاح الكرامة ۴: ۱۹۸، و الجواهر ۲۲: ۲۹۳ ۲۹۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۲۳

طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى «۱» و النصوص «۲».

فقد علّل جماعة «۳» عدم كفاية السكوت فى الإجازة بكونه أعمّ من الرضا فلا يدلّ عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا.

و حكى عن آخرين «۴» أنّه إذا أنكر الموكّل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت؛ لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها.

و ذكر بعض: أنّه يكفى فى إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولًا سكوتها «۵».

و من المعلوم: أن ليس المراد من ذلك أنّه لا يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفاية السكوت الظاهر فى الرضا و إن لم يفد القطع؛ دفعاً

---

(۱) منها ما ذكره المقدّس الأردبيلى فى مجمع الفائدة ۸: ۱۶۰، و السيّد المجاهد فى المناهل: ۲۸۹، و صاحب الجواهر فى الجواهر ۲۲: ۲۹۴.

(۲) كالنصوص الآتية فى إجازة البكر و إجازة المولى و غيرهما.

(۳) منهم العلّامة فى نهاية الإحكام ۲: ۴۷۵ ۴۷۶، و الشهيد الثانى فى الروضة ۳: ۲۳۴، و صاحب الجواهر فى الجواهر ۲۲: ۲۹۳.

(۴) حكاه السيّد المجاهد فى المناهل: ۴۶۶ عن الغنية و المختصر النافع و الشرائع و الإرشاد و القواعد و غيرها، و انظر الغنية: ۲۶۹، و المختصر النافع: ۱۵۵، و الشرائع ۲: ۲۰۵، و الإرشاد ۱: ۴۱۹، و القواعد ۱: ۲۵۹ ۲۶۰، و الرياض ۲: ۱۲، و الجواهر ۲۷: ۴۰۳.

(۵) هذا هو المشهور بين الأصحاب كما صرّح به الشهيد الثانى فى المسالك ۷: ۱۶۴، و المحدّث البحرانى فى الحدائق ۲۳: ۲۶۳، و الأشهر الأظهر، كما قال فى الرياض ۲: ۸۲، و نسب الخلاف فيها إلى الحلىّ فقط.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۲۴

للحرج عليها و علينا.

[كفاية الرضا الباطنى، و الاستدلال عليه]

ثمّ إنّ الظاهر أنّ كلّ من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن و تمكين الزوجة اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببيّة الفعل تعبّداً.

و قد صرّح غير واحد «۱» بأنّه لو رضى المكره بما فعله صحّ، و لم يعبّروا بالإجازة.

و قد ورد فيمن زوّجت نفسها فى حال السكر: أنّها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضاً منها «۲».

و عرفت «۳» أيضاً استدلالهم على كون الإجازة كاشفة بأنّ العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب التامّ عمله.

و بالجملـة، فـدعوى الإجماع فى المسألـة دونها خرط القتاد! و حينئذٍ فالعمومات المتمسّك بها لصـحّة الفضولى «۴» السالمة عن ورود مخصّص عليها، عدا ما دلّ على اعتبار رضا المالك فى حلّ ماله و انتقاله إلى الغير و رفع سلطنته عنه «۵» أقوى حجّة فى المقام.

مضافاً إلى ما ورد فى عدّة أخبار من أنّ سكوت المولى بعد

---

(١) منهم المحقّق فى الشرائع ٢: ١۴، و العلّامة فى القواعد ١: ١٢۴ و غيره، و الشهيد فى الدروس ٣: ١٩٢ و اللمعة: ١١٠.

(٢) الوسائل ١۴: ٢٢١، الباب ١۴ من أبواب عقد النكاح.

(٣) راجع الصفحة ۴٠٠ و ۴٠١.

(۴) راجع الصفحات ٣۵١ ٣۶٢.

(۵) راجع الصفحة ٣۶۴ و ما بعدها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٢۵

علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه «١»، و ما دلّ على أنّ قول المولى لعبده المتزوّج بغير إذنه-: «طلّق»، يدلّ على الرضا بالنكاح فيصير إجازة «٢»، و على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصـية المولى التى ترتفع بالرضا «٣»، و ما دلّ على أنّ التصرّف من ذى الخيار رضاً منه «۴»، و غير ذلك.

[هل يكفى الرضا مقارنا للعقد أو سابقا عليه؟]

بقى فى المقـام: أنّه إذا قلنا بعـدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، و كفايـة مطلق الرضا أو الفعل الـدالّ عليه، فينبغى أن يقال بكفايـة وقوع مثل ذلك مقارناً للعقـد أو سابقاً، فإذا فرضـنا أنّه علم رضا «۵» المالـك بقول أو فعل يـدلّ على رضاه ببيع ماله كفى فى اللزوم؛ لأنّ ما يؤثّر بلحوقه يؤثّر بمقارنته بطريق أولى. و الظاهر أنّ الأصـحاب لا يلتزمون بـذلك، فمقتضـى ذلك: أن لا يصـحّ الإجازة إلّا بما لو وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولى.

و يؤيّـد ذلـك: أنّه لو كـان مجرّد الرضـا ملزماً، كان مجرّد الكراهـة فسـخاً «۶»، فيلزم عـدم وقـوع بيع الفضولى مع نهى المالـك؛ لأنّ الكراهة

---

(١) راجع الوسائل ١۴: ۵٢۵، الباب ٢۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٢) راجع الوسائل ١۴: ۵٢۶، الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٣) يدلّ عليه ما فى الوسائل ١۴: ۵٢٣، الباب ٢۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٢ و غيرهما.

(۴) انظر الوسائل ١٢: ٣۵١ ٣۵٢، الباب ۴ من أبواب الخيار.

(۵) فى «ف»: و رضى.

(۶) فى «ف»: فاسخاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٢۶

الحاصـلة حينه و بعده و لو آناً ما تكفى فى الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلًا، إلّا أن يلتزم بعدم كون مجرّد الكراهة فسخاً و إن كان مجرّد الرضا إجازة.

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردّ؛

إذ مع الردّ ينفسخ العقد، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة «١».

و الدليل عليه بعد ظهور الإجماع، بل التصريح به فى كلام بعض مشايخنا «٢»-: أنّ الإجازة إنّما تجعل المجيز أحد طرفى العقد، و إلّا لم يكن مكلّفاً بالوفاء بالعقد؛ لما عرفت من أنّ وجوب الوفاء إنّما هو فى حقّ العاقدين أو من قام «٣» مقامهما، و قد تقرّر: أنّ من «۴» شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذى هو فى معنى المعاهدة.

هذا، مع أنّ مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الردّ فى قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمّل.

نعم، الصحيحة الواردة فى بيع الوليدة «۵» ظاهرة فى صحّة الإجازة

---

(١) فى «ف» بدل «فلا يبقى ما يلحقه الإجازة»: فلا تقع قابلًا.

(٢) صرّح به صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٢٧٨.

(٣) فى «ف»: يقوم.

(۴) فى «ف»: و قد تقرّر فى شروط.

(۵) تقدّمت فى الصفحة ٣۵٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٢٧

بعد الردّ، اللّهم إلّا أن يقال: إنّ الردّ الفعلى كأخذ المبيع مثلًا غير كافٍ، بل لا بدّ من إنشاء الفسخ.

و دعوى: أنّ الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ فى العقود اللازمة و قد صرّحوا بحصوله بالفعل.

يدفعها: أنّ الفعل الذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء و العتق و نحوهما، لا مثل أخذ المبيع.

و بالجملة، فالظاهر «١» هنا و فى جميع الالتزامات: عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب الفسخ، فإن سلّم ظهور الرواية فى خلافه فليطرح أو يؤوّل «٢».

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله،

فموضوعها المالك، فقولنا: «له أن يجيز» مثل قولنا: «له أن يبيع»، و الكلّ راجع إلى أنّ له أن يتصرّف. فلو مات المالك لم يورّث الإجازة، و إنّما يورّث المال الذى عقد عليه الفضولى، فله الإجازة؛ بناءً على ما سيجىء من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد فى من باع مال أبيه فبان ميّتاً-، و الفرق بين إرث الإجازة و إرث المال يظهر بالتأمّل «٣».

---

(١) فى «ف» زيادة: من الأصحاب.

(٢) كذا، و الأنسب: «فلتطرح أو تؤوّل»، كما فى مصحّحة «ص».

(٣) قالوا: الفرق بينهما يظهر فى إرث الزوجة، و تعدّد الورثة، انظر هداية الطالب (شرح الشهيدى): ٢٩۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٢٨

الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن، و لا لإقباض المبيع،

و لو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة؛ لأنّ مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشترى، و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع فى يد المشترى برضا البائع، فيترتّب عليه جميع الآثار المترتّبة على قبض المبيع.

لكن ما ذكرنا إنّما يصحّ فى قبض الثمن المعيّن، و أمّا قبض الكلّى و تشخّصه به فوقوعه من الفضولى على وجهٍ تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليلٍ معمّمٍ لحكم عقد الفضولى لمثل القبض و الإقباض، و إتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن «١» صعوبة.

و عن المختلف: أنّه حكى عن الشيخ: أنّه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشترى بالثمن، ثمّ ضعّفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض «٢».

و على أيّ حال، فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً كما فى الصرف و السلم بعد قبض الفضولى و التفرّق كان إجازة العقد إجازةً للقبض؛ صوناً للإجازة عن اللغوية.

---

(١) فى «ف»: من.

(٢) المختلف ٥: ٥٧، المقام السادس من مقامات بيع المغصوب، و انظر النهاية: ٤٠٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٤٢٩

و لو قال: أجزت العقد دون القبض، ففى بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان.

السادس الإجازة ليست على الفور؛

للعمومات و لصحيحة محمّد بن قيس «١» و أكثر المؤيّدات المذكورة بعدها «٢»، و لو لم يجز المالك و لم يردّ حتّى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين «٣».

السابع هل يعتبر فى صحّة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو «4» خصوصاً، أم لا؟

وجهان:

الأقوى: التفصيل، فلو أوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما، و ضررُ التبعّض «٥» على المشترى يجبر بالخيار.

---

(١) المتقدّمة فى الصفحة ٣٥٣.

(٢) راجع الصفحة ٣٥۴ و ما بعدها.

(٣) لم ترد «على أحد الأمرين» فى «ف».

(۴) فى «ف» بدل «أو»: و.

(۵) فى «ف»، «م»، «خ» و «ع»: «البعض»، و فى نسخة بدل الأخيرين مثل ما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٣٠

و لو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجرّداً عن الشرط، فالأقوى عدم الجواز؛ بناءً على عدم قابلية العقد للتبعيض من حيث الشرط و إن كان قابلًا للتبعيض من حيث الجزء؛ و لذا لا يؤثّر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط.

و لو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولى مجرّداً عن الشرط «١» و أجاز المالك مشروطاً، ففى صحّة الإجازة مع الشرط إذا رضى به الأصيل فيكون نظير الشرط الواقع فى ضمن القبول إذا رضى به الموجب أو بدون الشرط؛ لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلّا إذا وقع فى حيّز العقد، فلا يجدى وقوعه فى حيّز القبول إلّا إذا تقدّم على الإيجاب، ليرد الإيجاب عليه أيضاً أو بطلانها؛ لأنّه إذا لغى الشرط لغى المشروط؛ لكون المجموع التزاماً واحداً، وجوه، أقواها الأخير.

---

(١) عبارة «مجرّداً عن الشرط» من «ش»، و استدركت فى هامش «م» و «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٣١

و أمّا القول فى المجيز،

اشارة

فاستقصاؤه يتمّ ببيان أُمور:

الأوّل: يشترط فى المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرّف بالبلوغ و العقل و الرشد،

و لو أجاز المريض بُنى نفوذها على نفوذ منجّزات المريض، و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل.

الثانى: هل يشترط فى صحّة عقد الفضولى وجود مجيزٍ حين العقد،

فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة و لا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليّه إذا حدثت المصلحة بعد البيع، أم لا يشترط؟ قولان: أوّلهما للعلّامة فى ظاهر القواعد «۱»، و استُدلّ «۲» له بأنّ صحّة العقد و الحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع فى زمان امتنع دائماً، و بلزوم الضرر على المشترى؛ لامتناع تصرّفه فى العين لإمكان عدم الإجازة، و لعدم تحقّق المقتضى و لا فى الثمن؛ لإمكان تحقّق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه.

و يضعّف الأوّل مضافاً إلى ما قيل: من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة-: منع ما ذكره «۳» من أنّ امتناع صحّة العقد فى زمانٍ يقتضى امتناعه دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف، و أمّا الضرر فيتدارك «۴» بما يتدارك به صورة النقض المذكورة.

---

(۱) القواعد ۱: ۱۲۴.

(۲) المستدلّ هو المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ۴: ۷۲.

(۳) فى غير «ن» و «ش»: ما ذكرناه.

(۴) فى «ف»: فتداركه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۳۲

هذا كلّه، مضافاً إلى الأخبار الواردة فى تزويج الصغار «۱» فضولًا «۲» الشاملة لصورة وجود ولىّ النكاح و إهماله الإجازة إلى بلوغهم، و صورة عدم وجود الولىّ؛ بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير فى النكاح، و انحصار الولىّ فى الأب و الجدّ و الوصىّ، على خلافٍ فيه.

و كيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط؛ وفاقاً للمحكىّ عن ابن المتوّج البحرانى «۳» و الشهيد «۴» و المحقّق الثانى «۵» و غيرهم «۶»، بل لم يرجّحه غير العلّامة.

ثمّ اعلم أنّ العلّامة فى القواعد مثّل لعدم وجود المجيز: ببيع مال اليتيم «۷».

و حكى عن بعض العامّة و هو البيضاوى على ما قيل «۸» الإيراد

---

(۱) راجع الوسائل ۱۴: ۲۰۷، الباب ۶ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ۲، و ۱۷: ۵۲۷، الباب ۱۱ من أبواب ميراث الأزواج. و الظاهر أنّ المراد من الولىّ فى الرواية غير الأب و الجدّ كما قاله الشهيد الثانى فى المسالك ۷: ۱۶۰ و ۱۷۹.

(۲) لم ترد «فضولًا» فى «ف».

(۳) لا يوجد عندنا كتابه، و لم نعثر على الحاكى، نعم حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۹۵ عن غيره.

(۴) الدروس ۳: ۱۹۳.

(۵) جامع المقاصد ۴: ۷۳.

(۶) مثل الفاضل المقداد فی التنقیح ۲: ۲۶، و صاحب الجواهر فی الجواهر ۲۲: ۲۹۹.

(۷) القواعد ۱: ۱۲۴.

(۸) لم نعثر علی القائل.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۳۳

علیه: بأنّه لا یتمّ علی مذهب الإمامیة من وجود الإمام علیه السلام فی کلّ عصر.

و عن المصنّف قدّس سرّه: أنّه أجاب بأنّ الإمام غیر متمکّن من الوصول إلیه «۱».

و انتصر للمورد بأنّ نائب الإمام علیه السلام و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفسّاق الولایة علی الطفل فی مصالحه مع عدم العدول «۲».

لکنّ الانتصار فی غیر محلّه؛ إذ کما یمکن فرض عدم التمکّن من الإمام یمکن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أیضاً، فإن أُرید وجود ذات المجیز، فالأولی منع تسلیم دفع الاعتراض بعدم «۳» التمکّن من الإمام علیه السلام، و إن أُرید وجوده مع تمکّنه من الإجازة، فیمکن فرض عدمه فی المجتهد و العدول إذا لم یطّلعوا علی العقد.

فالأولی: ما فعله فخر الدین «۴» و المحقّق الثانی «۵» من تقیید بیع مال الیتیم بما إذا کان علی خلاف المصلحة، فیرجع الکلام أیضاً إلی اشتراط إمکان فعلیّة الإجازة من المجیز، لا وجود ذات مَن مِن شأنه «۶»

---

(۱) حکاه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۹۵، عن حواشی الشهید.

(۲) لم نعثر علی هذا الانتصار بتمامه، نعم انتصر المحقّق القمی للمعترض فی جامع الشتات ۲: ۳۱۴ و غنائم الأیام: ۵۵۳ بوجود النائب.

(۳) فی «ف»، «خ»، «م» و «ع»: لعدم.

(۴) إیضاح الفوائد ۱: ۴۱۹.

(۵) جامع المقاصد ۴: ۷۲.

(۶) کذا فی «ف»، و فی سائر النسخ: مَن شأنه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۳۴

الإجازة؛ فإنّه فرض غیر واقع فی الأموال.

الثالث: لا یشترط فی المجیز کونه جائز التصرّف حال العقد،

اشارة

سواء کان عدم جواز «۱» التصرّف لأجل عدم المقتضی أو للمانع. و عدم المقتضی قد یکون لأجل عدم کونه مالکاً و لا مأذوناً حال العقد، و قد یکون لأجل کونه محجوراً علیه لِسَفهٍ أو جُنون أو غیرهما. و المانع کما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثمّ فکّ الرهن.

فالکلام یقع فی مسائل:

المسألة الاولی أن یکون المالک حال العقد هو المالک حال الإجازة،

لکن المجیز لم یکن حال العقد جائز التصرّف لحجر «۲».

و الأقوى «٣»: صحّة الإجازة، بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرّف لتعلّق حقّ الغير، كما لو باع الراهن ففكّ الرهن قبل مراجعة المرتهن، فإنّه لا حاجة إلى الإجازة كما صرّح به فى التذكرة «۴».

---

(۱) كلمة «جواز» من «ف».

(۲) لم ترد «لحجر» فى «ف».

(۳) فى «ف»: فلا ينبغى الإشكال فى صحّة الإجازة.

(۴) التذكرة ۱: ۴۶۵ و ۲: ۵۰.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۳۵

[المسألة] الثانية أن يتجدّد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره.

اشارة

لكنّ عنوان المسألة فى كلمات «۱» القوم هو الأوّل، و هو ما لو باع شيئاً ثمّ ملكه «۲»، و هذه تتصوّر على صور؛ لأنّ غير المالك إمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك «۳». و الملك إمّا أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث. ثمّ البائع الذى يشترى الملك إمّا أن يجيز العقد الأوّل و إمّا أن لا يجيزه، فيقع الكلام فى وقوعه للمشترى الأوّل بمجرّد شراء البائع له.

[لو باع لنفسه ثم اشتراه و أجاز]

اشارة

و المهمّ هنا التعرّض لبيان ما لو باع لنفسه ثمّ اشتراه من المالك و أجاز، و ما لو باع و اشترى و لم يجز؛ إذ يعلم «۴» حكم غيرهما منهما.

أمّا المسألة الأُولى: فقد اختلفوا فيها، فظاهر المحقّق فى باب الزكاة من المعتبر فيما إذا باع المالك النصاب «۵» قبل إخراج الزكاة أو رهنه-: أنّه صحّ «۶» البيع و الرهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم حصّة الفقراء قال

---

(۱) فى «ف»: كلام.

(۲) كما فى القواعد ۱: ۱۲۴، و الدروس ۳: ۱۹۳، و التنقيح ۲: ۲۶.

(۳) فى «ف»: أو المالك.

(۴) فى «ش»: و يعلم.

(۵) فى «ف»: نصابه.

(۶) فى «ف»: يصحّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۳۶

الشيخ رحمه اللّه: صحّ البيع و الرهن «۱». و فيه إشكال؛ لأنّ العين مملوكة «۲»، و إذا أدّى العوض مَلكها ملكاً مستأنفاً، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة، كما لو باع مال غيره ثمّ اشتراه «۳»، انتهى.

بل يظهر ممّا حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلّا أن يقول الشيخ بتعلّق الزكاة بالعين كتعلّق «۴» الدين بالرهن، فإنّ الراهن

إذا باع ففكّ الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم و لم يحتج إلى إجازة مستأنفة.

و بهذا القول صرّح الشهيد رحمه اللّه في الدروس «۵»، و هو ظاهر المحكيّ عن الصيمرى «۶».

و المحكيّ عن المحقّق الثانى فى تعليق الإرشاد: هو البطلان «۷»، و مال إليه بعض المعاصرين «۸»، تبعاً لبعض معاصريه «۹».

---

(۱) انظر المبسوط ۱: ۲۰۸.

(۲) فى المصدر: غير مملوكة له.

(۳) المعتبر ۲: ۵۶۳.

(۴) فى «ف»: تعلّق الزكاة بالعين تعلّق.

(۵) الدروس ۳: ۱۹۳.

(۶) حكاه المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ۱۳۴، و راجع غاية المرام (مخطوط): ۲۷۵.

(۷) حاشية الإرشاد (مخطوط): ۲۱۹، و حكى عنه ذلك المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ۱۳۴.

(۸) انظر الجواهر ۲۲: ۲۹۸.

(۹) انظر مقابس الأنوار: ۱۳۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۳۷

[الأقوى الصحة]

اشارة

و الأقوى هو الأوّل؛ للأصل و العمومات السليمة عمّا يرد عليه «۱»،

[ما أورده المحقق التسترى على الصحة و الجواب عنه]

اشارة

ما عدا أُمور لفّقها بعض من قارب عصرنا «۲» ممّا يرجع أكثرها إلى ما ذكر فى الإيضاح «۳» و جامع المقاصد «۴»:

الأوّل: أنّه «۵» باع مال الغير لنفسه،

و قد مرّ الإشكال فيه، و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك.

و فيه: أنّه قد سبق أنّ الأقوى صحّته، و ربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

الثانى: إنّا حيث جوّزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدرة على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز؛

لأنّه البائع حقيقة، و الفرض هنا عدم إجازته، و عدم وقوع البيع عنه.

و فيه: أنّ الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا، سواء ملك حال العقد أم لا؛ لأنّ الداعى على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلّها لغير ملّاكها بغير طيب أنفسهم و قبح التصرّف فيها بغير رضاهم، و هذا المعنى لا يقتضى أزيد ممّا ذكرنا. و

أمّا القدرة على التسليم فلا نضايق من اعتبارها فى المالك حين العقد،

(١) فى مصحّحة «ن»: عليها.

(٢) و هو المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ١٣٤ ١٣٥.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

(۴) جامع المقاصد ۴: ٧٣ ٧۴.

(۵) فى «ش» زيادة: «قد»، و لم ترد فى سائر النسخ، نعم فى بعض النسخ زيادة: «لو»، و فى بعضها الآخر زيادة: «إذا»، استظهاراً أو كنسخة بدل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٣٨

و لا يكتفى بحصولها «١» فيمن هو مالك حين الإجازة، و هذا كلام آخر لا يقدح التزامه فى صحّة البيع المذكور؛ لأنّ الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

الثالث: أنّ الإجازة حيث صحّت كاشفة على الأصحّ مطلقاً؛

لعموم الدليل الدالّ عليه، و يلزم حينئذٍ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه «٢».

و فيه: منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتّى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد، فإنّ مقدار كشف الإجازة تابع لصحّة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أنّ العقد الذى أوقعه البائع لنفسه «٣» عقد صدر من أهل العقد فى المحلّ القابل للعقد عليه، و لا مانع من وقوعه إلّا عدم رضا مالكه، فكما أنّ مالكه الأوّل إذا رضى يقع البيع له، فكذلك مالكه الثانى إذا رضى يقع البيع له «۴»، و لا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخّر ممّن هو مالك حال العقد، و حينئذٍ فإذا ثبت صحّته بالدليل فلا محيص عن القول بأنّ الإجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز فى أوّل أزمنة قابليّته؛

(١) كذا فى «ش»، و فى أكثر النسخ: «و لا يكفى بحصولها»، و فى «ص»: «و لا يكفى حصولها»، و الأصحّ: «و لا نكتفى بحصولها»، بقرينة «فلا نضايق» كما احتمله مصحّح «ن».

(٢) لم ترد «فيه» فى «ف».

(٣) فى «ف»: نفسه.

(۴) لم ترد «له» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴٣٩

إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر، و لا «١» يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلى و لا شرعى حتّى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحّة، فإن كان لا بدّ من الكلام فينبغى فى المقتضى للصحّة، أو فى القول بأنّ الواجب فى الكشف عقلًا أو شرعاً أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد.

و قد عرفت أن لا كلام فى مقتضى الصحّة؛ و لذا لم يصدر من المستدلّ على البطلان، و أنّه لا مانع عقلًا و لا شرعاً من كون الإجازة كاشفة من زمان قابليّة تأثيرها.

و لا يتوهّم أنّ هذا نظير ما لو خصّص المالك الإجازة بزمان متأخّر عن العقد؛ إذ التخصيص إنّما يقدح مع القابلية، كما أنّ تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز بناءً على ما سبق فى دليل الكشف من أنّ معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد

الذی مقتضاه النقل من حین الوقوع غیر قادح مع عدم قابلیهٔ تأثیرها إلّا من زمان ملک المجیز للمبیع.

الرابع: أنّ العقد الأوّل إنّما صحّ و ترتّب علیه أثره بإجازهٔ الفضولی،

و هی متوقّفهٔ علی صحّهٔ العقد الثانی المتوقّفهٔ علی بقاء الملک علی ملک مالکه الأصلی، فیکون صحّهٔ الأوّل مستلزماً «۲» لکون المال المعیّن ملکاً للمالک و «۳» المشتری معاً فی زمان واحد، و هو محال؛

(۱) فی غیر «ف»: فلا.

(۲) کذا، و المناسب: مستلزمهٔ، کما فی مصحّحهٔ «ص».

(۳) فی غیر «ش» زیادهٔ: ملک.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۴۴۰

لتضادّهما، فوجود الثانی یقتضی عدم الأوّل، و هو موجب لعدم الثانی أیضاً، فیلزم وجوده و عدمه فی آن واحد، و هو محال.

فإن قلت «۱»: مثل هذا لازم فی کلّ عقدٍ فضولیّ، لأنّ صحّته موقوفهٔ علی الإجازهٔ المتأخّرهٔ المتوقّفهٔ علی بقاء ملک المالک و مستلزمهٔ «۲» لملک المشتری کذلک، فیلزم کونه بعد العقد ملک المالک و المشتری معاً فی آن واحد، فیلزم إمّا بطلان عقد الفضولی مطلقاً أو بطلان القول بالکشف، فلا اختصاص لهذا الإیراد بما نحن فیه.

قلنا: یکفی فی الإجازهٔ ملک المالک ظاهراً، و هو الحاصل من استصحاب ملکه السابق؛ لأنّها فی الحقیقهٔ رفع الید «۳» و إسقاط للحقّ، و لا یکفی الملک الصوری فی العقد الثانی «۴».

أقول: قد عرفت أنّ القائل بالصحّهٔ ملتزم بکون الأثر المترتّب علی العقد الأوّل بعد إجازهٔ العاقد له هو تملّک المشتری له من حین ملک العاقد، لا من حین العقد، و حینئذٍ فتوقّف إجازهٔ العاقد «۵» الأوّل علی صحّهٔ العقد الثانی مسلّم، و توقّف صحّهٔ العقد الثانی علی بقاء الملک علی ملک مالکه الأصلی إلی زمان العقد مسلّم أیضاً، فقوله: «صحّهٔ

(۱) إدامهٔ کلام المحقّق التستری قدّس سرّه.

(۲) فی «ش»: و المستلزمهٔ.

(۳) فی «ص»: للید.

(۴) إلی هنا ینتهی کلام المحقّق التستری، و سوف تأتی تتمّته فی الصفحهٔ ۴۴۳، عند قوله: «الخامس».

(۵) فی «ش» و مصحّحهٔ «خ»: العقد.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۴۴۱

الأوّل تستلزم کون المال ملکاً للمالک و المشتری فی زمان» ممنوع «۱»، بل صحّته تستلزم خروج العین عن ملکیهٔ المالک الأصلی «۲».

نعم، إنّما یلزم ما ذکره من المحال إذا ادّعی وجوب کون الإجازهٔ کاشفهٔ عن الملک حین العقد، و لکن هذا أمر تقدّم دعواه فی الوجه الثالث و قد تقدّم منعه «۳»، فلا وجه لإعادته بتقریر آخر، کما لا یخفی.

نعم، یبقی فی المقام الإشکال الوارد فی مطلق الفضولی علی القول بالکشف، و هو کون الملک حال الإجازهٔ للمجیز و المشتری معاً، و هذا إشکال آخر تعرّض لاندفاعه «۴» أخیراً، غیر الإشکال الذی استنتجه من المقدّمات المذکورهٔ، و هو لزوم کون الملک للمالک الأصلی و للمشتری «۵».

نعم، یلزم من ضمّ هذا الإشکال العامّ إلی ما یلزم فی المسألهٔ علی القول بالکشف من حین العقد اجتماع ملّاک ثلاثهٔ علی ملک واحد

قبل العقد الثانی؛ لوجوب التزام مالکیّة المالک الأصلی حتّی یصحّ العقد الثانی، و مالکیة «۶» المشتری له لأنّ الإجازة تکشف عن ذلک، و مالکیة «۷» العاقد له لأنّ ملک المشتری لا بدّ أن یکون عن ملکه، و إلّا لم ینفع

---

(۱) فی غیر «ص» و «ش»: ممنوعة.

(۲) فی مصحّحة «خ»: الفعلی.

(۳) تقدّم فی الصفحة ۴۳۸.

(۴) کذا فی النسخ، و المناسب: «لدفعه»، کما استظهره مصحّح «ص».

(۵) فی «ف»: و المشتری.

(۶) فی غیر «ش»: ملکیّة.

(۷) فی النسخ: ملکیّة.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۴۲

إجازته فی ملکه من حین العقد؛ لأنّ إجازة غیر المالک لا یخرج ملک الغیر إلی غیره.

ثمّ إنّ ما أجاب به عن الإشکال الوارد فی مطلق الفضولی لا یُسمن و لا یغنی؛ لأنّ الإجازة إذا وقعت، فإن کشفت عن ملک «۱» المشتری قبلها کشفت عمّا یبطلها؛ لأنّ الإجازة لا تکون إلّا من المالک الواقعی، و المالک الظاهری إنّما یجدی إجازته إذا لم ینکشف کون غیره مالکاً حین الإجازة؛ و لذا لو تبیّن فی مقام آخر کون المجیز غیر المالک لم تنفع إجازته «۲»؛ لأنّ المالکیة من الشرائط الواقعیّة دون العلمیّة.

ثمّ إنّ ما ذکره فی الفرق بین الإجازة و العقد الثانی من کفایة الملک الصوری «۳» فی الأوّل دون الثانی تحکّمٌ صِرف، خصوصاً مع تعلیله بأنّ الإجازة رفع للید و إسقاط للحقّ، فلیت شعری! أنّ إسقاط الحقّ کیف «۴» یجدی و ینفع مع عدم الحقّ واقعاً؟! مع أنّ الإجازة رفع للید «۵» عن «۶» الملک أیضاً بالبدیهة.

و التحقیق: أنّ الإشکال إنّما نشأ من الإشکال الذی ذکرناه سابقاً فی کاشفیة الإجازة علی الوجه المشهور «۷» من کونها شرطاً متأخّراً

---

(۱) فی «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «ذلک»، و صحّحت فیما عدا الأخیر ب «ملک».

(۲) فی «ف»: «لم ینفع»، بدون کلمة «إجازته».

(۳) فی «ش»: الظاهری.

(۴) کلمة «کیف» من «ش» و هامش «م».

(۵) فی غیر «ش»: الید.

(۶) فی غیر «ف»: من.

(۷) راجع الصفحة ۴۰۸.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۴۳

یوجب حدوثه تأثیر السبب المتقدّم من زمانه.

الخامس «۱»: أنّ الإجازة المتأخّرة لمّا کشفت عن صحّة العقد الأوّل و عن کون المال ملک المشتری الأوّل، فقد وقع العقد الثانی علی ماله،

فلا بدّ من إجازته له «۲» كما لو بيع المبيع من شخصٍ آخر فأجاز المالك البيعَ الأوّل، فلا بدّ من إجازة المشترى البيع الثانى حتّى يصحّ و يلزم، فعلى هـذا يلزم توقّف إجـازة كلٍّ من الشخصـين على إجازة الآخر، و توقّف صـحّة كلٍّ من العقـدين «۳» على إجازة المشترى الغير الفضولى، و هو من الأعاجيب! بل من المستحيل؛ لاستلزام ذلك عـدم تملّك المالك الأصـلى «۴» شيئاً من الثمن و المثمن، و تملّك المشترى الأوّل المبيع بلا عوض إن اتّحد الثمنان، و دون تمامه إن زاد الأوّل، و مع زيادة إن نقص «۵»؛ لانكشاف وقوعه فى ملكه «۶» فالثمن له، و قد كان المبيع له أيضاً بما بذله من الثمن، و هو ظاهر.

و الجواب عن ذلك: ما تقدّم فى سابقه من ابتنائه على وجوب

---

(۱) هذه تتمّة كلام المحقّق التسترى فى المقابس.

(۲) كلمة «له» من «ف».

(۳) كذا فى «ش» و المصدر و هامش «ن»، و فى «ف»: العقد، و فى سائر النسخ: العقد و الإجازة.

(۴) كذا فى «ف» و المصدر و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: الأصيل.

(۵) العبارة فى «ف» هكذا: أو زاد الأوّل مع زيادة؛ لانكشاف ..

(۶) لم ترد «فى ملكه» فى غير «ش»، إلّا أنّها استدركت فى «ن»، «خ» و «م».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۴۴

كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد، و هو ممنوع.

و الحاصل: أنّ منشأ الوجوه الثلاثة «۱» الأخيرة شىء واحد، و المحال على تقديره مسلّم بتقريرات مختلفة قد نبّه عليه فى الإيضاح «۲» و جامع المقاصد «۳».

السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفى فى إجازة المالك و فسخه فعل «۴» ما هو من لوازمهما

«۵»، و لمّا «۶» باع المالك ماله من الفضولى بالعقد الثانى فقد نقل المال عن نفسه و تملّك الثمن، و هو لا يجامع صحّة العقد الأوّل، فإنّها تقتضى تملّك «۷» المالك للثمن الأوّل، و حيث وقع الثانى يكون فسخاً له و إن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدى الإجازة المتأخّرة.

و بالجملة، حكم عقد الفضولى قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أولى منها، فكما أنّ التصرّف المنافى مبطل لها فكذلك «۸» عقد الفضولى.

و الجواب: أنّ فسخ عقد الفضولى هو إنشاء ردّه، و أمّا الفعل

---

(۱) لم ترد «الثلاثة» فى «ش».

(۲) انظر إيضاح الفوائد ۱: ۴۱۹.

(۳) انظر جامع المقاصد ۴: ۷۳ ۷۴.

(۴) فى «ف»: نقل.

(۵) فى «ف» و «ش»: لوازمها.

(۶) كذا فى أكثر النسخ و المصدر، و فى «خ» و «ش» و نسخة بدل «ع»: «و لو»، و فى «ص»: فلمّا.

(۷) فى غير «ش»: ملك.

(۸) فى غير «ف»: كذلك.

المنافى لمضيّه كتزويج المعقودة فضولًا نفسها من آخر و بيع المالك ماله «۱» المبيع فضولًا من آخر فليس فسخاً له، خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولى، غاية ما فى الباب أنّ الفعل المنافى لمضىّ العقد مفوِّت لمحلّ الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحاً فات محلّ الإجازة و يخرج العقد عن قابليّة الإجازة، إمّا مطلقاً كما فى مثال التزويج، أو بالنسبة إلى من فات محلّ الإجازة بالنسبة إليه كما فى مثال البيع، فإنّ محلّ الإجازة إنّما فات بالنسبة إلى الأوّل، فللمالك الثانى أن يجيز.

نعم، لو فسخ المالك الأوّل نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه إجماعاً، و لعموم تسلّط الناس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها.

فالحاصل: أنّه إن أُريد من كون البيع الثانى فسخاً: أنّه إبطال لأثر العقد فى الجملة، فهو مسلّم، و لا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلًا بالنسبة إلى المالك الثانى، فيكون له الإجازة، و إن أُريد أنّه إبطال للعقد رأساً، فهو ممنوع؛ إذ لا دليل على كونه كذلك، و تسمية مثل ذلك الفعل ردّاً فى بعض الأحيان؛ من حيث إنّه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله بحيث يكون الإجازة منه بعده لغواً.

نعم، لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل «۲» فسخَ العقد بحيث يعدّ فسخاً فعليّاً، لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول، لكنّ الالتزام بذلك لا يقدح فى المطلب؛ إذ المقصود أنّ مجرّد بيع المالك لا يوجب بطلان

---

(۱) فى غير «ش» بدل «ماله»: «له»، و شطب على «له» فى «ص».

(۲) لم ترد «الفعل» فى «ف».

العقد؛ و لذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقى العقد على حاله من قابليّة لحوق الإجازة.

و أمّا الالتزام فى مثل الهبة و البيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرّد الفعل المنافى؛ فلأنّ صحّة التصرّف المنافى يتوقّف على فسخ العقد، و إلّا وقع فى ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنّ تصرّف المالك فى ماله المبيع فضولًا صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غاية الأمر أنّه إذا تصرّف فات محلّ الإجازة.

و من ذلك يظهر ما فى قوله رحمه اللّه أخيراً: «و بالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزة، بل أولى»؛ فإنّ قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث، على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق، فضلًا عن دعوى الأولويّة، و سيجىء «۱» مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقّق به الردّ.

السابع «۲»: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبىّ صلّى اللّه عليه و آله عن بيع ما ليس عندك

«۳»، فإنّ النهى فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً

---

(۱) يجىء فى الصفحة ۴۷۷.

(۲) الوجوه التى ذكرها المحقّق التسترى هى الستّة المتقدّمة، و ما نقله عنه المؤلف قدّس سرّه بعنوان «السابع» ليس فى عداد الوجوه المذكورة، بل هو استدلال من المحقّق التسترى قدّس سرّه على ما اختاره، راجع مقابس الأنوار: ۱۳۴ ۱۳۵.

ثمّ إنّ العبارات الآتية أيضاً تغاير عبارة صاحب المقابس بنحوٍ يشكل إطلاق النقل بالمعنى عليه أيضاً.

(۳) انظر الوسائل ۱۲: ۳۷۴ ۳۷۵، الباب ۷ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۲ و ۵.

بالنسبة إلى المخاطب و إلى المالك، فيكون دليلًا على فساد العقد الفضولى، و إمّا لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصّة كما استظهرناه سابقاً «۱» فيكون دالّا على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً و لو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملّكه بعد البيع، و إلّا فعدم وقوعه له قبل تملّكه ممّا لا يحتاج إلى البيان.

و خصوص رواية يحيى بن الحجّاج المصحّحة إليه «۲»، قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يقول لى: اشتر لى هذا الثوب و هذه الدابّة و بعنيها، أُربحك كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها و لا تواجبه البيع «۳» قبل أن تستوجبها أو تشتريها» «۴».

و رواية خالد بن الحجّاج، قال: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: الرجل يجيئنى و يقول: اشتر هذا الثوب و أُربحك كذا و كذا. قال: أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، إنّما يحلّل

---

(۱) راجع الصفحة ۳۶۸.

(۲) قال المامقانى قدّس سرّه: هذه العبارة من المصنّف، و ليست عبارة المقابس هكذا إلى أن قال: و لا يظهر وجه لتغيير المصنّف رحمه اللّه عبارته إلى قوله: «المصحّحة إليه»، و ليس بين يحيى بن الحجّاج و بين أبى عبد اللّه عليه السلام واسطة أصلًا فكيف بالواسطة الغير المعتبرة! و ليس مؤدّاها إلّا كون الواسطة بينهما ممّن لا يوصف روايته بالصحّة (غاية الآمال: ۳۹۳).

(۳) فى غير «ش» بدل «و لا تواجبه البيع»: «و لا تواجبها»، و لكن صحّح فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(۴) الوسائل ۱۲: ۳۷۸، الباب ۸ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۱۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۴۴۸

الكلام و يحرّم الكلام» «۱» بناءً على أنّ المراد بالكلام عقد البيع، فيحلّل نفياً و يحرّم إثباتاً، كما فهمه فى الوافى «۲»، أو يحلّل إذا وقع بعد الاشتراء و يحرّم إذا وقع قبله، أو أنّ الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرّم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلّل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة.

و صحيحة ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لى متاعاً لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه» «۳».

و صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «فى رجل أمر رجلًا ليشترى له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنّما البيع بعد ما يشتريه» «۴».

و صحيحة معاوية بن عمّار، قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام: يجيئنى الرجل فيطلب «۵» بيع الحرير، و ليس عندى شيء فيقاولنى عليه و أُقاوله فى الربح و الأجل حتّى نجتمع «۶» على شيء، ثمّ أذهب لأشترى الحرير فأدعوه إليه، فقال: أ رأيت إن وجد مبيعاً هو «۷» أحبّ إليه ممّا

---

(۱) الوسائل ۱۲: ۳۷۶، الباب ۸ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۴.

(۲) الوافى ۱۸: ۷۰۰، ذيل الحديث ۱۸۱۴۴ ۷.

(۳) الوسائل ۱۲: ۳۷۷، الباب ۸ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۸.

(۴) الوسائل ۱۲: ۳۷۶، الباب ۸ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۶.

(۵) فى «ش» زيادة: منّى.

(۶) كذا فى «ن» و «ص»، و الظاهر أنّهما مصحّحتان، و فى سائر النسخ: يجتمع.

(۷) فى غير «ش»: «هو مبيعاً»، و فى الوسائل: إن وجد بيعاً هو.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۴۹

عندك، أ يستطيع أن ينصرف إليه و يدعك؟ أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف عنه «۱» و تدعه؟ قلت: نعم. قال: لا بأس» «۲»، و غيرها من الروايات.

و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد فى بعضها و من حيث التعليل فى بعضها الآخر-: فى عدم صحّة البيع قبل الاشتراء، و أنّه يشترط فى البيع الثانى تملّك البائع له و استقلاله فيه، و لا يكون قد سبق منه و من المشترى إلزام و التزام سابق بذلك المال.

و الجواب عن العمومات «۳»: أنّها إنّما تدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود من البيع، و هو النقل و الانتقال المنجّز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتّب الأثر على هذا البيع، لا من طرف البائع بأن يتصرّف فى الثمن، و لا من طرف المشترى بأن يطالب البائع بتسليم المبيع.

و منه يظهر الجواب عن الأخبار؛ فإنّها لا تدلّ خصوصاً بملاحظة قوله عليه السلام: «و لا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها» «۴» إلّا على أنّ الممنوع منه هو الإلزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة، و هى المسألة الآتية، أعنى لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة،

---

(۱) العبارة من قوله: «أ يستطيع» إلى هنا مختلفة فى النسخ، و ما أثبتناه من مصحّحة «ن»، طبقاً للوسائل.

(۲) الوسائل ۱۲: ۳۷۷، الباب ۸ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۷.

(۳) المشار إليها فى الصفحة ۴۴۶ و ما بعدها.

(۴) فى رواية يحيى بن الحجّاج، المتقدّمة فى الصفحة ۴۴۷.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۵۰

و سيأتى أنّ الأقوى فيها البطلان «۱».

و ما قيل: من أنّ تسليم البائع للمبيع بعد اشترائه إلى المشترى الأوّل مفروض فى مورد الروايات «۲» و هى إجازة فعليّة «۳»، مدفوع: بأنّ التسليم إذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و أنّه ممّا لا اختيار للبائع فيه بل يجبَر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعدّ إجازة «۴» و لا يترتّب عليه أحكام الإجازة فى باب الفضولى؛ لأنّ المعتبر فى الإجازة قولًا و فعلًا ما يكون عن سلطنة و استقلال؛ لأنّ ما يدلّ على اعتبار طيب النفس فى صيرورة مال الغير حلالًا لغيره، يدلّ على عدم كفاية ذلك.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ مقتضى تعليل نفى البأس فى رواية خالد المتقدّمة بأنّ المشترى إن شاء أخذ و إن شاء ترك «۵»: ثبوت البأس فى البيع السابق بمجرّد لزومه على الأصيل، و هذا محقّق فيما نحن فيه؛ بناءً على ما تقدّم: من أنّه ليس للأصيل فى عقد الفضولى فسخ المعاملة قبل

---

(۱) يأتى فى الصفحة ۴۵۳.

(۲) كما فى مورد رواية ابن سنان: «قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يأتينى يريد منى طعاماً أو بيعاً نسياً و ليس عندى، أ يصلح أن أبيعه إيّاه و أقطع له سعره ثمّ أشتريه من مكان آخر فأدفعه إليه؟ قال: لا بأس به»، الوسائل ۱۲: ۳۷۵، الباب ۸ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۲.

(۳) لم نقف على القائل.

(۴) فى «ص»: الإجازة.

(۵) تقدّمت فى الصفحة ۴۴۷.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ۴۵۱

إجازة المالك أو ردّه «۱»، لكنّ الظاهر بقرينة النهى عن مواجبة البيع فى الخبر المتقدّم «۲» إرادة اللزوم من الطرفين.

و الحاصل: أنّ دلالة الروايات عموماً و خصوصاً على النهى عن البيع قبل الملك ممّا لا مساغ لإنكاره، و دلالة النهى على الفساد أيضاً ممّا لم يقع فيها المناقشة فى هذه المسألة، إلّا أنّا نقول: إنّ المراد بفساد البيع عدم ترتّب ما يقصد منه عرفاً من الآثار، فى مقابل الصحّة التى هى إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلًا لو فرض حكم الشارع بصحّة بيع الشي‌ء قبل تملّكه على الوجه الذى يقصده أهل المعاملة، كأن يترتّب عليه بعد البيع النقلُ و الانتقال، و جواز تصرّف البائع فى الثمن، و جواز مطالبة المشترى البائعَ بتحصيل المبيع من مالكه و تسليمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتّب جميع ذلك عليه، و هو لا ينافى قابلية العقد للحوق الإجازة من مالكه حين العقد أو ممّن يملكه بعد العقد.

و لا يجب على «۳» القول بدلالة النهى على الفساد وقوع المنهى عنه لغواً غير مؤثّر أصلًا، كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد، فإنّ حاصله: دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب و بيان أنّ مقصوده من الفعل المنهيّ عنه و هو الملك و السلطنة من الطرفين لا يترتّب عليه، فهو غير مؤثّر فى مقصود المتبايعين، لا أنّه لغوٌ من جميع الجهات، فافهم.

---

(۱) راجع الصفحة ۴۱۳ ۴۱۴.

(۲) و هو خبر يحيى بن الحجّاج، المتقدّم فى الصفحة ۴۴۷.

(۳) فى «ف» بدل «على»: فى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ۴۵۲

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ عدم ترتّب جميع مقاصد المتعاقدين على عقدٍ بمجرّد إنشائه مع وقوع «۱» مدلول ذلك العقد فى نظر الشارع مقيّداً بانضمام بعض الأُمور اللاحقة كالقبض فى الهبة و نحوها و الإجازة فى الفضولى لا يقتضى النهى عنها بقولٍ مطلق؛ إذ معنى صحّة المعاملة شرعاً أن يترتّب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق، و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا يوجب النهى عنه إلّا مقيّداً بتجرّده عن لحوق ذلك الشرط، فقصدهم ترتّب الملك المنجّز على البيع قبل التملّك بحيث يسلّمون الثمن و يطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد.

فالإنصاف: أنّ ظاهر النهى فى تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملّك للبائع و عدم ترتّب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتّى مع الإجازة، و أمّا صحّته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز؛ فلأنّ النهى راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرّض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضولى.

نعم، قد يخدش «۲» فيها «۳»: أنّ ظاهر كثير من الأخبار المتقدّمة «۴»، ورودها فى بيع الكلىّ، و أنّه لا يجوز بيع الكلىّ فى الذمّة ثمّ اشتراء

---

(۱) فى «ف»: مع عدم وقوع.

(۲) لم نقف على الخدشة بعينها، نعم فى جامع الشتات ۲: ۳۳۱ و غنائم الأيام: ۵۵۸، ما يلى: و المراد من تلك الأخبار البيع فى الذمّة، و هو كلىّ.

(۳) أى فى دلالة الروايات على عدم وقوع البيع قبل التملّك للبائع.

(۴) أى الأخبار المتقدّمة فى الصفحة ۴۴۶ ۴۴۹.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ۴۵۳

بعض أفراده و تسليمه إلى المشترى الأوّل، و المذهب جواز ذلك و إن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر «۱»، فيقوى فى النفس: أنّها و ما ورد فى سياقها «۲» فى بيع الشخصى أيضاً كروايتى يحيى و خالد المتقدّمتين «۳» أُريد بها الكراهة، أو وردت فى مقام التقيّة؛ لأنّ المنع عن بيع الكلّى حالّا مع عدم وجوده عند البائع «۴» حال البيع مذهب جماعة من العامّة كما صرّح به فى بعض الأخبار «۵» مستندِين فى ذلك إلى النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك، لكنّ الاعتماد على هذا التوهين فى رفع اليد عن الروايتين المتقدّمتين الواردتين فى بيع الشخصى، و عموم مفهوم التعليل فى الأخبار الواردة فى بيع الكلىّ «۶»، خلاف الإنصاف؛ إذ غاية الأمر حمل الحكم فى مورد تلك الأخبار و هو بيع الكلىّ قبل التملّك على التقيّة، و هو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبّر.

فالأقوى: العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

و ممّا يؤيّد المنع مضافاً إلى ما سيأتى عن التذكرة و المختلف

---

(۱) انظر مقابس الأنوار: ۱۳۵.

(۲) فى «ف»: بسياقها.

(۳) تقدّمتا فى الصفحة ۴۴۷.

(۴) فى غير «ش»: المشترى.

(۵) انظر الوسائل ۱۲: ۳۷۴، الباب ۷ من أبواب أحكام العقود، الحديث ۱ و ۳.

(۶) مثل قوله عليه السلام فى ذيل صحيحة ابن مسلم: «إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه»، و قوله عليه السلام فى صحيحة منصور بن حازم: «إنّما البيع بعد ما يشتريه»، راجع الصفحة ۴۴۸.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۵۴

من دعوى الاتّفاق-: رواية الحسن بن زياد الطائى الواردة فى نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: إنّى كنت رجلًا مملوكاً فتزوّجت بغير إذن مولاى ثمّ أعتقنى «۱» بعد، فأُجدّد النكاح؟ فقال: علموا أنّك تزوّجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لى شيئاً. قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك .. الخبر» «۲» فإنّها ظاهرة بل صريحة فى أنّ علّة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرّا مالكاً لنفسه مسوّغةً للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أنّ المولى سكت أم لا؛ للزوم العقد حينئذٍ «۳» على كلّ تقدير.

[مورد الروايات ما لو باع لنفسه غير مترقب للإجازة]

ثمّ إنّ الواجب على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشترى غير مترقّب لإجازة المالك و لا لإجازة البائع إذا صار مالكاً، و هذا هو الذى ذكره العلّامة رحمه اللّه فى التذكرة نافياً للخلاف فى فساده، قال: لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها و يمضى ليشتريها و يسلّمها، و به قال الشافعى و أحمد، و لا نعلم فيه خلافاً؛ لقول النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «لا تبع ما ليس عندك» و لاشتمالها على الغرر، فإنّ صاحبها قد لا يبيعها، و هو غير مالك لها و لا قادر على تسليمها، أمّا لو اشترى موصوفاً فى الذمّة سواء كان

---

(۱) فى المصدر: أعتقنى اللّه.

(۲) الوسائل ۱۴: ۵۲۶، الباب ۲۶ من أبواب أحكام العبيد و الإماء، الحديث ۳.

(۳) لم ترد «حينئذ» فى «ش».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۵۵

حالّا أو مؤجّلا فإنّه جائز إجماعاً «۱»، انتهی، و حکی عن المختلف أیضاً الإجماع علی المنع «۲» أیضاً «۳»، و استدلاله بالغرر و عدم القدرة علی التسلیم ظاهر، بل صریح فی وقوع الاشتراء غیر مترقّب لإجازة مجیز، بل وقع علی وجهٍ یلزم علی البائع بعد البیع تحصیل المبیع و تسلیمه.

فحینئذٍ لو تبایعا علی أن یکون العقد موقوفاً علی الإجازة، فاتّفقت الإجازة من المالک أو من البائع بعد تملّکه، لم یدخل فی مورد الأخبار و لا فی معقد الاتّفاق.

و لو تبایعا علی أن یکون اللزوم موقوفاً علی تملّک البائع دون إجازته، فظاهر عبارة الدروس: أنّه من البیع المنهیّ عنه فی الأخبار المذکورة؛ حیث قال: و کذا لو باع ملک غیره ثمّ انتقل إلیه فأجاز، و لو أراد «۴» لزوم البیع بالانتقال فهو بیع ما لیس عنده، و قد نهی عنه «۵»، انتهی.

لکنّ الإنصاف: ظهورها فی الصورة الأُولی، و هی ما لو تبایعا

(۱) التذکرة ۱: ۴۶۳، و فیه: «.. سواء کان حالّا أو مؤجّلا؛ فإنّه جائز و کذا لو اشتری عیناً شخصیة غائبة مملوکة للبائع موصوفة بما ترفع الجهالة فإنّه جائز إجماعاً».

(۲) لم نقف علیه بعینه، نعم فی مقابس الأنوار: ۱۳۴، بعد نقل عبارة التذکرة، و نسبة البطلان إلی ظاهر التحریر هکذا: و هو الظاهر من المختلف.

(۳) کذا فی النسخ، لکن شطب فی مصحّحة «ن» علی کلمة «أیضاً».

(۴) فی مصحّحة «ن»: أرادا.

(۵) الدروس ۳: ۱۹۳.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۵۶

قاصدین لتنجّز النقل و الانتقال و عدم الوقوف علی شیء.

و ما ذکره فی التذکرة کالصریح فی ذلک؛ حیث علّل المنع بالغرر و عدم القدرة علی التسلیم. و أصرح منه کلامه المحکیّ عن المختلف فی فصل النقد و النسیة «۱».

و لو باع عن «۲» المالک فاتّفق انتقاله إلی البائع فأجازه «۳» فالظاهر أیضاً الصحّة؛ لخروجه عن مورد الأخبار.

نعم، قد یشکل فیه من حیث إنّ الإجازة لا متعلّق لها «۴»؛ لأنّ العقد السابق کان إنشاءً للبیع عن «۵» المالک الأصلی، و لا معنی لإجازة هذا بعد خروجه عن ملکه.

و یمکن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشکال فی عکس المسألة و هی ما لو باعه الفضولی لنفسه فأجازه المالک لنفسه «۶»، فتأمّل.

و لو باع لثالثٍ معتقداً لتملّکه أو بانیاً علیه عدواناً، فإن أجاز المالک فلا کلام فی الصحّة؛ بناءً علی المشهور من عدم اعتبار وقوع البیع عن المالک، و إن ملکه الثالث و أجازه، أو ملکه البائع فأجازه، فالظاهر أنّه داخل فی المسألة السابقة.

(۱) حکاه المحقّق التستری فی مقابس الأنوار: ۱۳۴، و راجع المختلف ۵: ۱۳۲.

(۲) فی «ف»: من.

(۳) فی «ف»: فأجاز.

(۴) فی «ف»: «لا تعلّق لها»، و فی مصحّحة «ن»: لا یتعلّق بها.

(۵) فی «ف»: من.

(۶) راجع الصفحات ٣٧٨ ٣٨٠.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج٣، ص: ۴۵۷

[لو باع لنفسه ثم تملکه و لم یجز]

ثمّ إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا فی المسألة المذكورة حال المسألة الأُخرى، و هی: ما لو لم یجز البائع «١» بعد تملّكه؛ فإنّ الظاهر بطلان البیع الأوّل لدخوله تحت الأخبار المذكورة یقیناً، مضافاً إلى قاعدة تسلّط الناس على أموالهم، و عدم صیرورتها حلالًا من دون طیب النفس؛ فإنّ المفروض أنّ البائع بعد ما صار مالكاً لم تَطِب نفسه بكون ماله «٢» للمشتری الأوّل، و التزامه قبل تملّكه بكون هذا المال المعیّن للمشتری لیس التزاماً إلّا بكون مال غیره له.

اللّهم إلّا أن یقال: إنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كلّ عاقد و شارط هو اللزوم على البائع بمجرّد انتقال المال إلیه و إن كان قبل ذلك أجنبیّا لا حكم لوفائه و نقضه، و لعلّه لأجل ما ذكرنا رجّح فخر الدین فی الإیضاح بناءً على صحّة الفضولی صحّة العقد المذكور بمجرّد الانتقال من دون توقّف على الإجازة «٣».

قیل «۴»: و یلوح هذا من الشهید الثانی فی هبة المسالک «۵»، و قد سبق استظهاره من عبارة الشیخ المحکیّة فی المعتبر «۶».

---

(١) كذا فی «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: المالک.

(٢) فی «ف» بدل «بكون ماله»: بكونه.

(٣) انظر إیضاح الفوائد ١: ۴١٩.

(۴) قاله المحقّق التستری فی مقابس الأنوار: ١٣۴.

(۵) انظر المسالک ۶: ۴٩.

(۶) راجع الصفحة ۴٣۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج٣، ص: ۴۵٨

لكن یضعّفه: أنّ البائع غیر مأمور بالوفاء قبل الملك فیستصحب، و المقام مقام استصحاب حكم الخاصّ، لا مقام الرجوع إلى حكم العامّ، فتأمّل. مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلّها لغیرهم إلّا عن طیب النفس، و فحوى الحكم المذكور فی روایة الحسن بن زیاد المتقدّمة «١» فی نكاح العبد بدون إذن مولاه «٢» و أنّ عتقه لا یجدی فی لزوم النكاح لولا سكوت المولى الذی هو بمنزلة الإجازة.

ثمّ لو سُلّم عدم التوقّف على الإجازة فإنّما هو فیما إذا باع الفضولی لنفسه، أمّا لو باع فضولًا للمالك أو لثالثٍ ثمّ ملك هو، فجریان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة إلى البائع أشكل.

و لو باع وكالةً عن المالك «٣» فبان انعزاله بموت الموكِّل، فلا إشكال فی عدم وقوع البیع له بدون الإجازة و لا معها، نعم یقع للوارث مع إجازته.

المسألة الثالثة ما لو باع معتقداً لكونه غیر جائز التصرّف فبان كونه جائز التصرّف.

اشارة

و عدم جواز التصرّف المُنكشَف خلافه، إمّا لعدم الولایة فانكشف

(١) تقدّمت فى الصفحة ۴۵۴.

(٢) فى «ف»: المولى.

(٣) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن» و نسخة بدل «خ»، و فى غيرها: عن البائع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴۵۹

كونه وليّاً، و إمّا لعدم الملك فانكشف كونه مالكاً.

و على كلّ منهما، فإمّا أن يبيع عن المالك، و إمّا أن يبيع لنفسه، فالصور أربع:

الاولى: أن يبيع عن المالك فانكشف «١» كونه وليّاً على البيع.

فلا ينبغى الإشكال فى اللّزوم حتّى على القول ببطلان الفضولى. لكنّ الظاهر من المحكى عن القاضى: أنّه إذا أذن السيّد لعبده فى التجارة فباع و اشترى و هو لا يعلم بإذن سيّده و لا علم به أحد، لم يكن مأذوناً فى التجارة، و لا يجوز شىء ممّا فعله، فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الإذن، و لم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيّد قوماً أن يبايعوا العبد و العبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه و شراؤه منهم جائزاً، و جرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز «٢»، انتهى.

و عن المختلف الإيراد عليه: بأنّه لو أذن المولى «٣» و لا يعلم العبد، ثمّ باع العبد صحّ؛ لأنّه صادف الإذن، و لا يؤثّر فيه إعلام المولى بعض المعاملين «۴»، انتهى.

و هو حسن.

(١) فى «ف»: و انكشف.

(٢) حكاه العلّامة فى المختلف ۵: ۴۳۵، و لم نعثر عليه فى المهذّب و غيره من كتب القاضى.

(٣) فى غير «ش» و مصحّحة «ن»: الولى.

(۴) المختلف ۵: ۴۳۷.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۴۶۰

الثانية: أن يبيع لنفسه فانكشف كونه وليّاً.

فالظاهر أيضاً صحّة العقد، لما عرفت من أنّ قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع و لا يقدح «١»، و فى توقّفه على إجازته للمولّى عليه وجه؛ لأنّ قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمّل.

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً.

و قد مثّله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظنّ حياته فبان ميّتاً، و المشهور الصحّة، بل ربما استفيد من كلام العلّامة فى القواعد «٢» و الإرشاد «٣» فى باب الهبة الإجماع، و لم نعثر على مخالف صريح، إلّا أنّ الشهيد رحمه اللّه ذكر فى قواعده: أنّه لو قيل بالبطلان أمكن «۴»، و قد سبقه فى احتمال ذلك العلّامة و ولده فى النهاية «۵» و الإيضاح؛ لأنّه إنّما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه، و لأنه و إن كان منجّزاً فى الصورة إلّا أنّه معلّق، و التقدير: إن مات مورّثى فقد بعتك، و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد؛ لاعتقاده أنّ المبيع لغيره «۶»، انتهى.

أقول: أمّا قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح فى وقوعه؛ لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنّه مالك باعتقاده، ففى الحقيقة

---

(١) راجع الصفحة ٣٧٧ ٣٨٣.

(٢) القواعد ١: ٢٧۵.

(٣) الإرشاد ١: ۴۵٠.

(۴) القواعد و الفوائد ٢: ٢٣٨، ذيل القاعدة: ٢٣٨.

(۵) نهاية الإحكام ٢: ۴٧٧.

(۶) إيضاح الفوائد ١: ۴٢٠.

إنّما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ فى اعتقاده أنّ المالك أبوه، و قد تقدّم توضيح ذلك فى عكس المسألة، أى: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنّه ملكه «١».

نعم، من أبطل عقد الفضولى لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا؛ لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه؛ و لذا نقول نحن كما سيجىء «٢» باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد؛ لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

و أمّا ما ذكر: من أنّه فى معنى التعليق، ففيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأوّل، كما لا يخفى-: منع كونه فى معنى التعليق؛ لأنّه إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه فى علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبنىّ على دعوى السلطنة و الاستقلال على المال، لا على تعليق للنقل «٣» بكونه منتقلًا إليه بالإرث عن «۴» مورّثه؛ لأنّ ذلك لا يجامع مع ظنّ الحياة.

اللّهم إلّا أن يراد أنّ القصد الحقيقى إلى النقل معلّق على تملّك الناقل، و بدونه فالقصد صورى، على ما تقدّم من المسالك من أنّ الفضولى و المكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله «۵».

---

(١) راجع الصفحة ٣٧۶ و ٣٨٠.

(٢) يجىء فى الصفحة الآتية.

(٣) فى «ف»: النقل.

(۴) فى «ف»، «خ» و «ن»: من.

(۵) تقدّم فى الصفحة ٣٧٢.

لكن فيه حينئذٍ: أنّ هذا القصد الصورى كافٍ؛ و لذا قلنا بصحّة عقد الفضولى.

و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيراً من كونه كالعابث عند مباشرة العقد، معلّلًا بعلمه بكون المبيع لغيره.

و كيف كان، فلا- ينبغى الإشكال فى صحّة العقد، إلّا أنّ ظاهر المحكىّ من غير واحد «١» لزوم العقد و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة؛ لأنّ المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، و لأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرّد القصد إلى نقل المال المعين الذى هو فى الواقع ملك نفسه و إن لم يشعر به فهو أولى من الإذن فى ذلك فضلًا عن إجازته، و إلّا توجّه عدم وقوع العقد له.

لكنّ الأقوى وفاقاً للمحقّق و الشهيد الثانيين «۲»-: وقوفه على الإجازة، لا لما ذكره فى جامع المقاصد من أنّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك؛ لاندفاعه بما ذكره بقوله: إلّا أن يقال: إنّ قصده إلى أصل البيع كافٍ «۳».

و توضيحه: أنّ انتقال المبيع شرعاً بمجرّد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتّى يعتبر قصده أو يقدح قصد خلافه، و إنّما هو من الأحكام الشرعيّة العارضة للعقود بحسب اختلافها فى التوقّف على الأُمور المتأخّرة و عدمه، مع أنّ عدم «۴» القصد المذكور

---

(۱) حكاه المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ۱۳۶، عن ظاهر الشهيد و غيره.

(۲) جامع المقاصد ۴: ۷۶، و المسالك ۶: ۵۱.

(۳) جامع المقاصد ۴: ۷۶.

(۴) لم ترد «عدم» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۶۳

لا يقدح بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه، فالدليل على اشتراط تعقّب الإجازة فى اللزوم هو عموم تسلّط الناس على أموالهم، و عدم حلّها لغيرهم إلّا بطيب أنفسهم، و حرمة أكل المال إلّا بالتجارة عن تراض.

و بالجملة، فأكثر أدلّة اشتراط الإجازة فى الفضولى جارية هنا.

و أمّا ما ذكرناه من أنّ قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة، و إلّا فسد العقد.

ففيه: أنّه يكفى فى تحقّق صورة العقد القابلة للحوق اللزوم «۱» القصد إلى نقل المال المعيّن. و قصد كونه ماله «۲» أو مال غيره مع خطائه «۳» فى قصده أو صوابه «۴» فى الواقع لا يقدح و لا ينفع؛ و لذا بنينا على صحّة العقد بقصد «۵» مال نفسه مع كونه مالًا لغيره.

و أمّا أدلّة اعتبار التراضى و طيب النفس، فهى دالّة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنّه ماله، لا بنقل مالٍ معيّنٍ يتّفق كونه ملكاً له فى الواقع، فإنّ حكم طيب النفس و الرضا لا يترتّب على ذلك، فلو أذن فى التصرّف فى مالٍ معتقداً أنّه لغيره، و المأذون يعلم أنّه له، لم يجز له التصرّف بذلك الإذن. و لو فرضنا أنّه أعتق

---

(۱) العبارة فى «ف» هكذا: القابلة للزوم القصد.

(۲) فى مصحّحة «ص» و نسخة بدل «ش»: مال نفسه.

(۳) فى بعض النسخ: خطأ.

(۴) فى مصحّحة «ص»: و صوابه.

(۵) فى «ص» زيادة: نقل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۶۴

عبداً عن غيره فبان أنّه له لم ينعتق، و كذا لو طلّق امرأةً وكالةً عن غيره فبانت زوجته؛ لأنّ القصد المقارن إلى طلاق زوجته و عتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة.

و لو غرّه الغاصب فقال: «هذا عبدى أعتقه عنك» فأعتقه عن نفسه، فبان كونه له، فالأقوى أيضاً عدم النفوذ، وفاقاً للمحكيّ عن التحرير «۱» و حواشى الشهيد «۲» و جامع المقاصد «۳» مع حكمه بصحّة البيع هنا و وقوفه على الإجازة «۴»؛ لأنّ العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى فكّ ماله مقارناً للصيغة وقعت باطلة، بخلاف البيع؛ فلا تناقض بين حكمه ببطلان العتق و صحّة البيع مع الإجازة، كما يتوهّم.

نعم، ينبغى إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ، و حكم فى البيع باللزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة؛ فإنّ القصد إلى إنشاء يتعلّق بمعيّن هو مال المنشئ فى الواقع من غير علمه به، إن كان يكفى فى طيب النفس و الرضا المعتبر فى جميع إنشاءات الناس المتعلّقة بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق، و إن اعتبر فى طيب النفس المتعلّق بإخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالًا له و لم يكف مجرّد مصادفة الواقع، وجب الحكم بعدم لزوم البيع.

---

(۱) التحرير ۲: ۱۴۱.

(۲) لا يوجد لدينا «حواشى الشهيد»، نعم حكاه عنه المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ۶: ۲۳۳.

(۳) جامع المقاصد ۶: ۲۳۳.

(۴) جامع المقاصد ۴: ۷۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۶۵

فالحقّ: أنّ القصد إلى الإنشاء المتعلّق، بمال معيّن مصحّح للعقد، بمعنى قابليته للتأثير، و لا يحتاج إلى العلم بكونه مالًا له، لكن لا يكفى ذلك فى تحقّق الخروج عن ماله بمجرّد الإنشاء، ثمّ إن كان ذلك الإنشاء ممّا يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما فى العقود، و إلّا وقع الإنشاء باطلًا كما فى الإيقاعات.

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا فى وجه الوقوف على الإجازة: أنّ هذا الحقّ للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث الحدوث، لا البقاء كما قوّاه بعض من قارب عصرنا «۱»، و تبعه بعض من عاصرناه «۲»؛ معلّلًا بقاعدة نفى الضرر؛ إذ فيه: أنّ الخيار فرع الانتقال، و قد تقدّم توقّفه على طيب النفس.

و ما ذكراه من الضرر المترتّب على لزوم البيع، ليس لأمرٍ راجع إلى العوض و المعوّض، و إنّما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه و رضاه؛ إذ لا فرق فى الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتّفق فى الفضولى، أو يعلمه و يجهل تعلّقه بماله.

و من المعلوم: أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولى على الإجازة؛ إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر.

ثمّ، إنّ الحكم بالصحّة «۳» فى هذه الصورة غير متوقّفة «۴» على القول

---

(۱) قوّاه المحقّق التسترى فى مقابس الأنوار: ۱۳۷.

(۲) و هو صاحب الجواهر فى الجواهر ۲۲: ۲۹۸.

(۳) لم ترد «بالصحّة» فى «ف».

(۴) كذا فى النسخ، و المناسب: «غير متوقّف»، كما فى مصحّحة «ص».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۶۶

بصحّة عقد الفضولى، بل يجىء على القول بالبطلان، إلّا أن يستند فى بطلانه بما تقدّم من قبح التصرّف فى مال الغير «۱»، فيتّجه عنده حينئذٍ البطلان، ثمّ يغرم المثمن و إن كان جاهلًا «۲».

الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له،

و الأقوى هنا أيضاً الصحّة و لو على القول ببطلان الفضولى و الوقوف على الإجازة؛ بمثل ما مرّ فى الثالثة، و فى عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى فى الثالثة؛ و لذا قوّى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار فى الثالثة «۳».

---

(۱) تقدّم فی الصفحهٔ ۳۷۱.

(۲) عبارهٔ «ثمّ یغرم المثمن و إن کان جاهلًا» لم ترد فی «ف» و «ش»، و شطب علیها فی «ن».

(۳) قاله المحقّق التستری فی مقابس الأنوار: ۱۳۶، فی الخامس من موارد بیع الفضولی.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۴۶۷

و أمّا القول فی المجاز:

اشارهٔ

فاستقصاؤه یکون ببیان أُمور:

الأوّل: یشترط فیه کونه جامعاً لجمیع الشروط المعتبرهٔ فی تأثیره عدا رضا المالک،

فلا یکفی اتّصاف المتعاقدین بصحّهٔ الإنشاء، و لا إحراز سائر الشروط بالنسبهٔ إلی الأصیل فقط علی الکشف؛ للزومه علیه حینئذٍ «۱»، بل مطلقاً؛ لتوقّف تأثیره الثابت و لو علی القول بالنقل علیها؛ و ذلک لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه، و علی أیّ حال فیعتبر اجتماع الشروط عنده؛ و لهذا لا یجوز الإیجاب فی حال جهل القابل بالعوضین، بل لو قلنا بجواز ذلک لم یلزم منه الجواز هنا؛ لأنّ الإجازهٔ علی القول بالنقل أشبه بالشرط، و لو سلّم کونها جزءاً فهو جزءٌ للمؤثّر لا للعقد، فیکون جمیع ما دلّ من النصّ و الإجماع علی اعتبار الشروط فی البیع ظاهرهٔ فی اعتبارها فی إنشاء النقل و الانتقال بالعقد.

نعم، لو دلّ دلیل علی اعتبار شرطٍ فی ترتّب الأثر الشرعی علی العقد من غیر ظهور فی اعتباره فی أصل الإنشاء، أمکن القول بکفایهٔ وجوده حین الإجازهٔ، و لعلّ من هذا القبیل: القدرهٔ علی التسلیم، و إسلام مشتری المُصحَفِ و العبدِ «۲» المسلم.

ثمّ هل یشترط بقاء الشرائط المعتبرهٔ حین العقد إلی زمان الإجازهٔ، أم لا؟ لا ینبغی الإشکال فی عدم اشتراط بقاء المتعاقدین

---

(۱) لم ترد «حینئذٍ» فی «ف» و «ش».

(۲) کلمهٔ «العبد» من «ش» فقط.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۴۶۸

علی شروطهما «۱» حتّی علی القول بالنقل. نعم، علی القول بکونها بیعاً مستأنفاً یقوی الاشتراط.

و أمّا شروط العوضین، فالظاهر اعتبارها بناءً علی النقل، و أمّا بناءً علی الکشف فوجهان، و اعتبارها علیه أیضاً غیر بعید.

الثانی: هل یشترط فی المجاز کونه معلوماً للمجیز بالتفصیل

من تعیین العوضین، و تعیین نوع العقد من کونه بیعاً أو صلحاً، فضلًا عن جنسه من کونه نکاحاً لجاریته أو بیعاً لها أم یکفی العلم الإجمالی بوقوع عقد قابل للإجازهٔ؟ وجهان: من کون الإجازهٔ کالإذن السابق فیجوز تعلّقه بغیر المعیّن إلّا إذا بلغ حدّاً لا یجوز معه التوکیل، و من أنّ الإجازهٔ بحسب الحقیقهٔ أحد رکنی العقد؛ لأنّ المعاهدهٔ الحقیقیهٔ إنّما تحصل بین المالکین «۲» بعد الإجازهٔ، فیشبه القبول مع عدم تعیین الإیجاب عند القابل.

و من هنا یظهر قوّهٔ احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، و لا یکفی مجرّد احتماله فیجیزه علی تقدیر وقوعه إذا انکشف وقوعه؛ لأنّ الإجازهٔ و إن لم تکن من العقود حتّی یشملها معاقد إجماعهم «۳» علی عدم جواز التعلیق فیها «۴»، إلّا أنّها فی معناها «۵»؛ و لذا یخاطب المجیز بعدها بالوفاء

(۱) کذا فی «ف» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: شروطها.

(۲) فی «ش»: من المالکین.

(۳) کذا، و المناسب: إجماعاتهم، کما استظهره مصحّح «ص».

(۴) کذا فی «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: فیه.

(۵) کذا فی «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: معناه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۶۹

بالعقد السابق، مع أنّ الوفاء بالعقد السابق «۱» لا یکون إلّا فی حقّ العاقد، فتأمّل.

الثالث: المجاز، إمّا العقد الواقع علی نفس مال الغیر، و إمّا العقد الواقع علی عوضه،

و علی کلّ منهما إمّا أن یکون المجاز أوّل عقد وقع علی المال أو عوضه، أو آخره، أو عقداً بین سابق و لاحق واقعین علی مورده، أو بدله، أو بالاختلاف.

و یجمع «۲» الکلّ: فیما إذا باع عبداً لمالکٍ بفرس، ثمّ باعه المشتری بکتاب، ثمّ باعه الثالث بدینار، و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدینار بجاریة، و باع بائع الفرس الدرهم برغیف، ثمّ بیع الدرهم بحمار، و بیع الرغیف بعسل.

أمّا إجازة العقد الواقع علی مال المالک أعنی العبد بالکتاب فهی ملزمة له و لما بعده ممّا وقع علی مورده أعنی العبد بالدینار بناءً علی الکشف، و أمّا بناءً علی النقل، فیبنی علی ما تقدّم من اعتبار ملک المجیز حین العقد و عدمه، و هی فسخ بالنسبة إلی ما قبله ممّا ورد علی مورده، أعنی بیع العبد بفرس بالنسبة إلی المجیز.

دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ ه‍ ق

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج۳، ص: ۴۶۹

أمّا بالنسبة إلی من ملک بالإجازة و هو المشتری بالکتاب فقابلیّته للإجازة مبتیّة علی مسألة اشتراط ملک المجیز حین العقد.

هذا حال العقود السابقة و اللاحقة علی مورده، أعنی مال المجیز.

(۱) لم ترد «السابق» فی «ف».

(۲) کذا، و الأنسب: یجتمع، کما استظهره مصحّح «ص».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۷۰

و أمّا العقود الواقعة علی عوض مال المجیز: فالسابقة علی هذا العقد و هو بیع الفرس بالدرهم یتوقّف لزومها علی إجازة المالک الأصلی للعوض و هو الفرس «۱»، و اللاحقة له أعنی بیع الدینار بجاریة تلزم بلزوم هذا العقد.

و أمّا إجازة العقد الواقع علی العوض «۲» أعنی بیع الدرهم برغیف فهی ملزمة للعقود السابقة علیه، سواء وقعت علی نفس مال المالک أعنی بیع العبد بالفرس أو علی «۳» عوضه و هو بیع الفرس بالدرهم، و للعقود اللاحقة له إذا وقعت علی المعوّض «۴»، و هو بیع الدرهم بالحمار.

أمّا الواقعة على هذا البدل المجاز أعنى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوّض ابتداءً.

و ملخّص ما ذكرنا: أنّه لو ترتّبت عقود متعدّدة «۵» مترتّبة «۶» على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعدّدة كان إجازة وسط منها فسخاً لما قبله و إجازة لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر.

---

(۱) عبارة «يتوقّف لزومها إلى و هو الفرس» ساقطة من «ف».

(۲) فى «ف» و «ع» و نسخة بدل «ن» و فيما يلوح من «ص»: المعوّض.

(۳) لم ترد «على» فى «ف».

(۴) فى «م» و «ن»: «العوض»، و فى نسخة بدل الأخير: المعوض.

(۵) لم ترد «متعدّدة» فى «خ».

(۶) لم ترد «مترتّبة» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۷۱

و لعلّ هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح «۱» و الدروس «۲» فى حكم ترتّب العقود: من أنّه إذا أجاز عقداً على المبيع صحّ و ما بعده، و فى الثمن ينعكس؛ فإنّ العقود المترتّبة على المبيع لا يكون إلّا من أشخاص متعدّدة، و أمّا العقود المترتّبة على الثمن، فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصى مراراً؛ لأنّ حكم ذلك حكم العقود المترتّبة على المبيع، على ما سمعت سابقاً من «۳» قولنا: أمّا الواقعة على هذا البدل المجاز .. إلخ، بل مرادهما ترامى الأثمان فى العقود المتعدّدة، كما صرّح بذلك المحقّق و الشهيد الثانيان «۴».

و قد علم من ذلك أنّ مرادنا بما ذكرنا فى المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصى الأوّل له، بل العوض و لو بواسطة.

ثمّ إنّ هنا «۵» إشكالًا فى شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشترى بالغصب، أشار إليه العلّامة رحمه اللّه فى القواعد «۶»، و أوضحه قطب الدين و الشهيد فى الحواشى المنسوبة إليه.

---

(۱) الإيضاح ۱: ۴۱۸.

(۲) الدروس ۳: ۱۹۳، و حكى ذلك عنهما المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ۴: ۷۰، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۹۱، و غيرهما.

(۳) فى غير «ش» زيادة «أنّ»، و لكن شطب عليها فى «ن».

(۴) انظر جامع المقاصد ۴: ۷۰، و المسالك ۳: ۱۵۹، و الروضة البهية ۳: ۲۳۳.

(۵) فى «ف»: ها هنا.

(۶) القواعد ۱: ۱۲۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۷۲

فقال الأوّل فيما حكى عنه: إنّ وجه الإشكال أنّ المشترى مع العلم يكون مسلِّطاً للبائع الغاصب على الثمن؛ و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع، و لو بقى ففيه الوجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، و من أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلّا عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه «۱»، انتهى.

و قال فى محكىّ الحواشى: إنّ المشترى مع علمه بالغصب يكون مسلِّطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل فى ملك ربّ العين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه و أتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقّق ملكيّته للمبيع، فلا يتصوّر نفوذ الإجازة هنا «۲»

لصیرورته ملکاً للبائع و إن أمکن إجازة البیع «۳»، مع احتمال عدم نفوذها أیضاً؛ لأنّ ما دفعه إلی الغاصب کالمأذون له فی إتلافه فلا یکون ثمناً، فلا تؤثّر الإجازة فی جعله ثمناً، فصار الإشکال فی صحّة البیع و فی التتبع، ثمّ قال: إنّه یلزم من القول ببطلان التتبع «۴» بطلان إجازة البیع فی المبیع؛ لاستحالة کون المبیع بلا ثمن، فإذا قیل: إنّ الإشکال فی صحّة

---

(۱) لا یوجد لدینا کتابه، و حکاه عنه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۹۲.

(۲) کذا فی «ش» و نسخة بدل «ن»، و فی «ف»: بها، و فی سائر النسخ: فیها.

(۳) کذا فی «م» و نسخة بدل «خ» و «ع»؛ وفاقاً للمحکی عن المصدر، و فی سائر النسخ: المبیع.

(۴) کذا فی «ش» و نسخة بدل «ص»، و فی سائر النسخ: البیع؛ وفاقاً للمحکی عن المصدر.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۷۳

العقد کان صحیحاً أیضاً «۱»، انتهی.

و اقتصر فی جامع المقاصد «۲» علی ما ذکره الشهید أخیراً فی وجه سرایة هذا الإشکال إلی صحّة عقد الفضولی مع علم المشتری بالغصب.

و المحکیّ عن الإیضاح: ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالک مع علم المشتری علی کون الإجازة ناقلة، فیکون منشأ الإشکال فی الجواز و العدم: الإشکال فی الکشف و النقل.

قال فی محکیّ الإیضاح: إذا کان المشتری جاهلًا فللمالک تتبع العقود و رعایة مصلحته و الربح فی سلسلتی الثمن و المثمن، و أمّا إذا کان عالماً بالغصب فعلی قول الأصحاب من أنّ المشتری إذا رجع علیه بالسلعة لا یرجع علی الغاصب بالثمن مع وجود عینه، فیکون قد ملّک الغاصب مجّاناً؛ لأنّه بالتسلیم إلی الغاصب لیس للمشتری استعادته من الغاصب بنصّ الأصحاب، و المالک قبل الإجازة لم یملک الثمن؛ لأنّ الحقّ أنّ الإجازة شرط أو سبب، فلو لم یکن للغاصب فیکون «۳» الملک بغیر مالک، و هو محال، فیکون قد سبق ملک الغاصب للثمن علی سبب ملک المالک له أی الإجازة فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملکه لم یکن للمالک إبطاله، و یکون ما یشتری الغاصب بالثمن و ربحه له، و لیس للمالک أخذه لأنّه ملک الغاصب. و علی القول بأنّ إجازة المالک کاشفة، فإذا أجاز العقد کان له، و یحتمل أن یقال: لمالک العین حقٌّ تعلّق بالثمن، فإنّ

---

(۱) حکی عنه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۹۲.

(۲) جامع المقاصد ۴: ۷۱.

(۳) کذا، و المناسب: «لکان» کما فی المصدر، و استظهر مصحّح «ص»: یکون.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۷۴

له إجازة البیع و أخذ الثمن، و حقّه مقدّم علی حقّ الغاصب، لأنّ الغاصب یؤخذ بأخسّ أحواله و أشقّها علیه «۱»، و المالک بأجود «۲» الأحوال، ثمّ قال: و الأصحّ عندی [أنّه «۳»] مع وجود عین الثمن، للمشتری العالم أخذه، و مع التلف لیس له الرجوع به «۴». انتهی کلامه رحمه اللّه.

و ظاهر کلامه رحمه اللّه: أنّه لا وقع للإشکال علی تقدیر الکشف، و هذا هو المتّجه؛ إذ حینئذٍ یندفع ما استشکله القطب و الشهید رحمهما اللّه: بأنّ تسلیط المشتری للبائع علی الثمن علی تقدیر الکشف تسلیطٌ علی ما ملکه «۵» الغیر بالعقد السابق علی التسلیط الحاصل بالإقباض، فإذا انکشف ذلک بالإجازة عمل مقتضاه «۶»، و إذا تحقّق الردّ انکشف کون ذلک تسلیطاً من المشتری علی ماله، فلیس له أن یستردّه؛ بناءً علی ما نقل من الأصحاب.

نعم، على القول بالنقل يقع الإشكال فی جواز إجازة العقد الواقع على الثمن؛ لأنّ إجازة مالك «۷» المبيع له موقوفة على تملّكه للثمن؛ لأنّه

(۱) عبارة «و أشقّها عليه» وردت فی «ش» و هامش «ن» فقط.

(۲) كذا فی «ش» و «ن» و المصدر، و فی سائر النسخ: «مأخوذ» و لعلّه مصحّف «بأجود» و صحّح فی «ص» هكذا: «مأخوذ بأحسن».

(۳) أثبتناه من المصدر.

(۴) الإيضاح ۱: ۴۱۷ ۴۱۸.

(۵) فی «م» و «ص»: «على ملک»، و فی «ع»: على مالكه.

(۶) فی «ص» و مصحّحة «ن»: بمقتضاه.

(۷) كذا فی «ف» و «ش» و مصحّحة «خ»، و فی سائر النسخ: المالک.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۷۵

قبلها أجنبیّ عنه، و المفروض أنّ تملّكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل. و كذا الإشكال فی إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إيّاه على الخلاف فی اختصاص عدم رجوع المشتری على «۱» الثمن بصورة التلف و عدمه؛ لأنّ تسليط المشتری للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى «۲» مالک المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

و ما ذكره فی الإيضاح: من احتمال تقديم حقّ المجيز لأنّه أسبق و أنّه أولى من الغاصب المأخوذ بأشقّ الأحوال «۳»، فلم يعلم له «۴» وجه بناءً على النقل؛ لأنّ العقد جزء سبب لتملّک المجيز، و التسليط «۵» المتأخّر عنه علّة تامّة لتملّک الغاصب، فكيف يكون حقّ المجيز أسبق؟

نعم، يمكن أن يقال: إنّ حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعلّه لأجل التسليط «۶» المراعى بعدم إجازة مالک المبيع، لا لأنّ نفس التسليط «۷» علّة تامّة لاستحقاق الغاصب على تقديری الردّ و الإجازة، و حيث إنّ حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالّة على عدم حصول الانتقال

(۱) فی مصحّحة «م»: إلى.

(۲) كذا فی «ص» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: على.

(۳) تقدّم نصّ عبارته فی الصفحة السابقة.

(۴) لم ترد «له» فی غير «ش»، لكنّها استدركت فی «م» و «خ»، و فی «ن» صحّحت العبارة بتبديل «وجه» ب «وجهه».

(۵) فی غير «ف» و «ش»: «التسلّط»، لكنّه صحّح فی «م» و «ن» بما أثبتناه.

(۶) فی غير «ش»: «التسلّط»، لكن صحّح فی «م» و «ن» بما أثبتناه.

(۷) فی غير «ش»: «التسلّط»، لكن صحّح فی «م» و «ن» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۷۶

بمجرّد التسليط المتفرّع على عقد فاسد، وجب الاقتصار فيه على المتيقّن، و هو التسليط على تقدير عدم الإجازة، فافهم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۷۷

مسألة فی أحكام الردّ

[ما یتحقق به الرد]

لا یتحقّق الردّ قولًا إلّا بقوله: «فسخت» و «رددت» و شبه ذلک ممّا هو صریح فی الردّ؛ لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصیل و قابلیّته من طرف المجیز، و کذا یحصل بکلّ فعل مخرج «۱» له عن ملکه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما، کالعتق و البیع و الهبة و التزویج و نحو ذلک، و الوجه فی ذلک: أنّ تصرّفه بعد فرضٍ صحّته مفوّت لمحلّ الإجازة؛ لفرض خروجه عن ملکه.

[هل یتحقق الرد بالتصرف غیر المخرج عن الملک؟]

و أمّا التصرّف الغیر المخرج عن الملک کاستیلاد الجاریة و إجارة الدار «۲» و تزویج الأمة فهو و إن لم یخرج الملک عن قابلیّة وقوع الإجازة علیه، إلّا أنّه مخرج له عن قابلیّة وقوع الإجازة من زمان العقد؛ لأنّ صحّة الإجازة علی هذا النحو توجب وقوعها باطلة، و إذا فرض وقوعها صحیحة منعت عن وقوع الإجازة.

و الحاصل: أنّ وقوع هذه الأُمور صحیحة، مناقض «۳» لوقوع

---

(۱) فی غیر «ن» و «ش»: «یخرج»، و صحّح فی «ص» بما أثبتناه.

(۲) فی «ع» و «ص»: «الدابّة»، و فی نسخة بدل «ص»: الدار.

(۳) کذا فی «ش»، و فی «ف»: «متناقض»، و فی سائر النسخ: «مناقضة»، إلّا أنّها صحّحت فی «ن» بما أثبتناه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۷۸

الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافیین صحیحاً فلا بدّ من امتناع وقوع الآخر «۱»، أو إبطال صاحبه، أو إیقاعه علی غیر وجهه «۲»، و حیث لا سبیل إلی الأخیرین تعیّن الأوّل.

و بالجملة، کلّ ما یکون باطلًا علی تقدیر لحوق الإجازة المؤثّر «۳» من حین العقد، فوقوعه صحیحاً مانع من لحوق الإجازة؛ لامتناع اجتماع المتنافیین.

نعم، لو انتفع المالک بها قبل الإجازة بالسکنی و اللبس، کان علیه اجرة المثل إذا أجاز، فتأمّل.

و منه یعلم: أنّه لا فرق بین وقوع هذه مع الاطّلاع علی وقوع العقد، و وقوعها «۴» بدونه؛ لأنّ التنافی بینهما واقعی «۵».

و دعوی: أنّه لا دلیل علی اشتراط قابلیّة التأثیر من حین العقد فی «۶» الإجازة؛ و لذا صحّح جماعة کما تقدّم «۷» إجازة المالک الجدید فی من باع شیئاً ثمّ ملکه.

مدفوعة: بإجماع أهل الکشف علی کون إجازة المالک حین العقد

---

(۱) فی غیر «ش»: «الأخیر»، لکن صحّح فی «ن» بما أثبتناه.

(۲) کذا فی «ص» و «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: وجه.

(۳) فی «ن»: «المؤثّرة»، و الظاهر أنّها مصحّحة.

(۴) فی غیر «ش»: «وقوعه»، لکن صحّح فی «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(۵) کذا فی «ش»، و فی سائر النسخ: «واقع»، إلّا أنّ فی هامش «ن»: واقعی خ.

(۶) فی غیر «ش» و مصحّحة «ن» بدل «فی»: و.

(۷) تقدّم فی الصفحة ۴۳۵ ۴۳۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۷۹

مؤثّرة من حينه.

نعم، لو قلنا بأنّ الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقى الراجع إلى كون المؤثّر التامّ هو العقد الملحوق بالإجازة كانت التصرّفات مبنيّة على الظاهر، و بالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هى و تصحّ الإجازة.

[التصرفات الغير المنافية لملك المشترى]

بقى الكلام فى التصرّفات الغير المنافية لملك المشترى من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع، و البيع الفاسد «۱»، و هذا أيضاً على قسمين: لأنّه إمّا أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى على ماله «۲»، و إمّا أن يقع فى حال عدم الالتفات.

أمّا الأوّل، فهو ردّ فعلى للعقد، و الدليل على إلحاقه بالردّ القولى مضافاً إلى صدق الردّ عليه، فيعمّه ما دلّ على أنّ للمالك الردّ، مثل: ما وقع فى نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه «۳»، و ما ورد فى من زوَّجَته امّه و هو غائب، من قوله عليه السلام: «إن شاء قبل «۴» و إن شاء ترك» «۵»، إلّا أن يقال: إنّ الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترك، فلا

(۱) كذا فى «ف» و «ص»، و فى «ش»: «كتعريض المبيع و البيع الفاسد»، و فى سائر النسخ: «كتعريض المبيع للبيع الفاسد»، لكن صحّح فى هامش «م» و «ن» بما أثبتناه.

(۲) فى «ف» و «خ» و نسخة بدل «ع»: فى ماله.

(۳) راجع الوسائل ۱۴: ۵۲۳، الباب ۲۴ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۴) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: فعل.

(۵) الوسائل ۱۴: ۲۱۱، الباب ۷ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۸۰

تعرّض فيه لكيفيّته «۱»-: أنّ المانع من صحّة الإجازة بعد الردّ القولى موجود فى الردّ الفعلى، و هو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفى العقد، مضافاً إلى فحوى الإجماع المدّعى «۲» على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل، كالوطء و البيع و العتق؛ فإنّ الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع، و إلّا فتوقّفها «۳» على الملك لا- يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها؛ لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ قبلها «۴» حتّى تصادف الملك.

و كيف كان، فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع أثر العقد الثابت المؤثّر فعلًا، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير، بطريق أولى.

و أمّا الثانى و هو ما يقع فى حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به؛ لعدم دلالته على إنشاء الردّ، و المفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقة، و لا يكفى مجرّد رفع اليد عن الفعل «۵» بإنشاء ضدّه مع عدم صدق عنوان الردّ «۶» الموقوف على القصد و الالتفات إلى

(۱) فى غير «ش»: «لكيفية»، لكن صحّحت فى «م»، «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(۲) ادّعاه الشيخ فى المبسوط ۲: ۸۳ و الحلى فى السرائر ۲: ۲۴۸.

(۳) فى «ش»: فتوقّفهما.

(۴) فى «ف» زيادة: فيها خ.

(۵) فى نسخة بدل «ن»: عن العقد.

(۶) العبارة فى «ف» هكذا: مع عدم اعتبار صدق الردّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۸۱

وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق «۱» الذى جعلوه رجوعاً و لو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم.

نعم، لو ثبت كفاية ذلك فى العقود الجائزة كفى هنا بطريق أولى، كما عرفت «۲»، لكن لم يثبت ذلك هناك «۳»، فالمسألة محلّ إشكال، بل الإشكال فى كفاية سابقه أيضاً؛ فإنّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتّفاق على اعتبار اللفظ فى الفسخ كالإجازة «۴»؛ و لذا استشكل فى القواعد فى بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلّقها جاهلًا بفساده «۵»، و قرّره فى الإيضاح «۶» و جامع المقاصد «۷» على الإشكال.

و الحاصل: أنّ المتيقّن من الردّ هو الفسخ القولى، و فى حكمه تفويت محلّ الإجازة بحيث لا يصحّ وقوعها على وجه يؤثّر من حين العقد.

و أمّا الردّ الفعلى و هو الفعل المنشأ به مفهوم «۸» الردّ فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به.

---

(۱) هذا مثال للمنفىّ، لا النفى.

(۲) عرفت الأولوية فى الصفحة السابقة.

(۳) فى «م» و «ش»: هنا.

(۴) انظر مفتاح الكرامة ۴: ۱۹۸.

(۵) القواعد ۱: ۲۵۹.

(۶) إيضاح الفوائد ۲: ۳۵۴.

(۷) جامع المقاصد ۸: ۲۸۲.

(۸) كذا فى «ش»، و فى غيرها: المنشئ لمفهوم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۸۲

و أمّا مجرّد إيقاع ما ينافى مفهومه قصدَ بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الردّ لعدم الالتفات إلى وقوع العقد فالاكتفاء به مخالف للأصل.

و فى حكم ما ذكرنا: الوكالة و الوصاية، و لكنّ الاكتفاء فيهما بالردّ الفعلى أوضح.

و أمّا الفسخ فى العقود الجائزة بالذات أو الخيار، فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعلى.

و أمّا فعل ما لا يجامع صحّة العقد كالوطء و العتق و البيع «۱» فالظاهر أنّ الفسخ بها من باب تحقّق القصد قبلها، لا لمنافاتها لبقاء العقد؛ لأنّ مقتضى المنافاة بطلانها، لا انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، و تمام الكلام فى محلّه.

ثمّ إنّ الردّ إنّما يثمر فى عدم صحّة الإجازة بعده، و أمّا انتزاع المال من المشترى لو أقبضه الفضولى فلا يتوقّف على الردّ، بل يكفى فيه عدم الإجازة، و الظاهر أنّ الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالّة على إرادته منه، لا مطلق الأخذ؛ لأنّه أعمّ، و لذا ذكروا أنّ الرجوع فى الهبة لا يتحقّق به.

---

(۱) و البيع» من «ش» فقط.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۸۳

[مسائل متفرقة]

مسألة لو لم یجز المالک، فإن کان المبیع فی یده فهو، و إلّا فله انتزاعه

اشارة

ممّن وجـده فی یده مع بقائه، و یرجع بمنافعه المسـتوفاة و غیرها علی الخلاف المتقدّم «۱» فی البیع الفاسد «۲» و مع التلف یرجع إلی من تلف عنده بقیمته یوم التلف أو بأعلی القیم من زمانٍ وقع فی یده.

و لو کـان قبـل ذلـک فی ضـمان آخر، و فُرض زیادة القیمـة عنـده، ثمّ نقصت عنـد الأخیر، اختصّ السابق بالرجوع بالزیادة علیه، کما صرّح به جماعة فی الأیدی المتعاقبة «۳».

هـذا کلّه حکم المالک مع المشـتری، و أمّـا حکم المشتری مع الفضولی، فیقع الکلاـم فیه «۴» تـارة فی الثمـن، و أُخری فی مـا یغرمه للمالک

(۱) کذا فی «ص» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: المقدّم.

(۲) راجع الصفحة ۲۰۱ ۲۰۸ (الثالث من الأُمور المتفرّعة علی المقبوض بالعقد الفاسد).

(۳) منهم العلّامة فی القواعد ۱: ۲۰۲ و التذکرة ۲: ۳۷۷، و الشهید الثانی فی المسالک (الطبعة الحجریة) ۲: ۲۰۵، و المحقّق السبزواری فی الکفایة: ۲۵۹.

(۴) لم ترد «فیه» فی «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۸۴

زائداً علی الثمن،

فهنا مسألتان:

الاولی أنّه یرجع علیه بالثمن إن کان جاهلًا بکونه فضولیّاً،

سواء کـان باقیـاً أو تالفـاً، و لا یقـدح فی ذلک اعترافه بکون البائع مالکاً؛ لأنّ اعترافه مبنیّ علی ظاهر یـده، نعم لو اعترف به علی وجهٍ یعلم عدم اسـتناده إلی الید کأن یکون اعترافه «۱» بذلک بعد قیام البیّنة لم یرجع بشـیء. و لو لم یعلم اسـتناد الاعتراف إلی الید أو إلی غیره، ففی الأخذ بظاهر الحال من استناده إلی الید أو بظاهر لفظ «الإقرار» من دلالته علی الواقع وجهان.

و إن کان عالماً بالفضولیّـة، فإن کان الثمن باقیاً استردّه وفاقاً للعلّامـة «۲» و ولده «۳» و الشهیدین «۴» و المحقّق الثانی «۵» رحمهم اللّه؛ إذ لم یحصل منه ما یوجب انتقاله عنه شـرعاً، و مجرّد تسـلیطه علیه لو کان موجباً لانتقاله لزم الانتقال فی البیع الفاسد؛ لتسـلیط کلٍّ من المتبایعین صاحبَه علی ماله، و لأنّ الحکم بصحّة البیع لو أجاز المالک کما هو المشهور-

(۱) فی «ف»: کأن اعترف.

(۲) القواعد ۱: ۱۲۴ و التذکرة ۱: ۴۶۳.

(۳) إیضاح الفوائد ۱: ۴۱۸ و ۴۲۱.

(۴) الدروس ۳: ۱۹۳، و اللمعة الدمشقیة: ۱۱۰، و الروضة البهیة ۳: ۲۳۴ ۲۳۵، و المسالک ۳: ۱۶۰ ۱۶۱.

(۵) جامع المقاصد ۴: ۷۷.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۸۵

يستلزم تملّك المالك للثمن، فإنّ تملّكه البائع قبله يلزم فوات محلّ الإجازة؛ لأنّ الثمن إنّما ملكه الغير، فيمتنع تحقّق الإجازة، فتأمّل.

و هل يجوز للبائع التصرّف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما العدم؛ لأنّه أكل مالٍ بالباطل.

هذا كلّه إذا كان باقياً، و أمّا لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشترى، بل المحكى «۱» عن العلّامة «۲» و ولده «۳» و المحقّق «۴» و الشهيد «۵» الثانيين و غيرهم «۶» الاتّفاق عليه، و وجهه كما صرّح به بعضهم كالحلى «۷» و العلّامة «۸» و غيرهما «۹» و يظهر من آخرين «۱۰» أيضاً «۱۱»-: أنّه سلّطه على ماله بلا عوض.

---

(۱) لم نعثر على الحاكى بعينه، نعم حكى السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة (۴: ۱۹۳ ۱۹۴) ما يظهر منه هذا، و راجع الجواهر ۲۲: ۳۰۵ ۳۰۶.

(۲) انظر التذكرة ۱: ۴۶۳، و المختلف ۵: ۵۵ ۵۶.

(۳) إيضاح الفوائد ۱: ۴۲۱.

(۴) انظر جامع المقاصد ۴: ۷۷ و ۶: ۳۲۶.

(۵) انظر المسالك ۳: ۱۶۰، و الروضة البهية ۳: ۲۳۵.

(۶) مثل المحدّث البحرانى فى الحدائق ۱۸: ۳۹۲، و كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): ۶۴ و غيرهما.

(۷) راجع السرائر ۲: ۲۲۶ و ۳۲۵.

(۸) انظر التذكرة ۱: ۴۶۳ و نهاية الإحكام ۲: ۴۷۸.

(۹) مثل الشهيد الثانى فى المسالك ۳: ۱۶۰ و الروضة البهيّة ۳: ۲۳۵، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ۱: ۵۱۳، و انظر الجواهر ۲۲: ۳۰۵.

(۱۰) فى «ش»: من آخر.

(۱۱) كلمة «أيضاً» من «ش» و مصحّحة «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۴۸۶

توضيح ذلك: أنّ الضمان إمّا لعموم «على اليد ما أخذت» «۱»، و إمّا لقاعدة الإقدام على الضمان الذى استدلّ به الشيخ «۲» و غيره «۳» على الضمان فى فاسد ما يضمن بصحيحه.

و الأوّل مخصَّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه كما فى الوديعة «۴»، أو الانتفاع به كما فى العارية «۵» «۶»، أو استيفاء المنفعة منه كما فى العين المستأجرة «۷»، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرّف فيه و إتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى.

و دعوى: أنّه إنّما سلّطه فى مقابل العوض، لا مجّاناً حتّى يشبه الهبة الفاسدة التى تقدّم عدم الضمان فيها.

مندفعة: بأنّه إنّما سلّطه فى مقابل ملك غيره، فلم يُضمّنه فى الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن

---

(۱) عوالى اللآلى ۱: ۳۸۹، الحديث ۲۲.

(۲) راجع المبسوط ۳: ۸۵ و ۸۹، و تقدّم فى الصفحة ۱۸۲ من هذا الكتاب.

(۳) كالمحقّق الثانى فى جامع المقاصد ۴: ۶۱ و ۶: ۳۲۴، و الشهيد الثانى فى المسالك ۳: ۱۵۴.

(۴) انظر الوسائل ۱۳: ۲۲۷، الباب ۴ من أبواب كتاب الوديعة.

(۵) في «ف»: كالعارية.

(۶) انظر الوسائل ۱۳: ۲۳۵ و ۲۳۹، الباب ۱ و ۳ من أبواب كتاب العارية.

(۷) انظر الوسائل ۱۳: ۲۸۱، الباب ۳۲ من أبواب الإجارة و غيره من الأبواب.

و الإجارة بلا أُجرة، التي قد حكم الشهيد و غير واحد «۱» بعدم الضمان فيها.

و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان و هو الإقدام على الضمان هنا؛ لأنّ البائع لم يُقدم على ضمان الثمن إلّا بما علم المشتري أنّه ليس ملكاً له.

فإن قلت: تسلّطه «۲» على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه و لو عدواناً على كونه ملكاً له، و لو لا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة «۳» كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه «۴» فهو إنّما سلّطه على وجه يضمّنه بماله، إلّا أنّ كلّا منهما لمّا قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكيّة البائع للمثمن «۵»، و تعاقدا مُعرِضَين عن ذلك كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السرّاق و الظلمة بل بنى المشتري على كون المثمن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجّاناً، و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقيّ، إلّا أنّ كون المثمن مالًا له ادّعائيّ،

---

(۱) لم نعثر في الهبة الفاسدة على شيء من الشهيد و لا من غيره، و أمّا في البيع بلا ثمن و في الإجارة بلا اجرة فقد تقدّم في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد عن الشهيدين و العلّامة عدم الضمان، راجع الصفحة ۱۸۶.

(۲) في مصحّحة «م»: تسليطه.

(۳) في «ف» زيادة: «و المبادلة»، و في هامش «ن»: و المبادلة خ.

(۴) تقدّم في الصفحة ۳۸۱ و ما بعدها.

(۵) في غير «ص» و «ش»: «للثمن»، لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه، و اختلفت النسخ في هذه الكلمة في السطور الآتية أيضاً، أعرضنا عن الإشارة إليها اعتماداً على صحّة ما أثبتناه.

فهو كما لو ظهر المثمن المعيّن ملكاً للغير، فإنّ المشتري يرجع إلى البائع بالثمن مع التلف اتّفاقاً، مع أنّه إنّما ضمّنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذي هو مال الغير، فكما أنّ التضمين هنا حقيقي، و كون المثمن مالًا له اعتقاديّ لا يقدح تخلّفه في التضمين، فكذلك بناء المشتري في ما نحن فيه على ملك المثمن عدواناً لا يقدح في التضمين الحقيقي بماله.

قلت: الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته عليه، و إذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقّق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك.

و ما ذكر: من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثمن ملكاً للبائع الغاصب مع كونه مال الغير، فهو إنّما يُصحّح وقوع عقد التمليك و التملّك منهما ادّعاءً مع عدم كون البائع أهلًا لذلك في الواقع، و إلّا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين و الضمان و التضمين الحقيقي بالنسبة إليهما؛ و لذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرّد الإجازة.

و الحاصل: أنّه لا تضمين حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن، و أمّا رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكيّة «۱» البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ مع أنّه إنّما ضمّنه بمال الغير فلعدم طيب نفسه على تصرّف البائع فيه من دون ضمان، و إن كان ما ضمنه به غير ملك له و لا يتحقّق به التضمين؛ لأنّه إنّما طاب نفسه بتصرّف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكاً له و صيرورته مباحاً له بتسليطه

علیه، و هذا مفقود فیما

(۱) کذا فی «ش» و نسخة بدل «ن»، و فی سائر النسخ: لملکیّة.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۸۹

نحن فیه؛ لأنّ طیب النفس بالتصرّف و الإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

و ممّا ذکرنا یظهر أیضاً فساد نقض ما ذکرنا بالبیع مع علم المشتری بالفساد، حیث إنّه ضمّن البائع بما یعلم أنّه لا یضمن الثمن به، و کذا البائع مع علمه بالفساد ضمّن المشتری بما یعلم أنّ «۱» المشتری لا یضمن به، فکأنه لم یضمّنه بشیء.

وجه الفساد: أنّ التضمین الحقیقی حاصل هنا؛ لأنّ المضمون به مال الضامن، غایة الأمر أنّ فساد العقد مانع عن مضیّ هذا الضمان و التضمین فی نظر الشارع؛ لأنّ المفروض فساده، فإذا لم یمضِ الشارع الضمان الخاصّ صار أصل إقدام الشخص علی الضمان الحقیقی، أو قاعدة إثبات الید علی مال من دون تسلیط مجانی أو استئمان عن مالکه، موجباً لضمانه علی الخلاف فی مدرک الضمان فی فاسد ما یضمن بصحیحه «۲» و شیء منهما غیر موجود فیما نحن فیه، کما أوضحناه بما لا مزید علیه «۳»، و حاصله: أنّ دفع المال إلی الغاصب لیس إلّا کدفعه إلیٰ ثالث یعلم عدم کونه مالکاً للمبیع و تسلیطه علی إتلافه، فی أنّ ردّ المالک لا یوجب الرجوع إلی هذا الثالث «۴».

نعم، لو کان فساد العقد لعدم قبول العوض للملک کالخمر

(۱) فی «ع» و ظاهر «ن» بدل «أنّ»: «إذ»، و فی مصحّحتی «م» و «ن»: أنّ.

(۲) راجع الصفحة ۱۸۸ ۱۹۱.

(۳) راجع الصفحة ۴۸۶ ۴۸۷.

(۴) فی «ف» زیادة: أو السلطنة علی إتلافه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۹۰

و الخنزیر و الحرّ قوی اطّراد ما ذکرنا فیه: من عدم ضمان عوضها المملوک مع علم المالک بالحال، کما صرّح به شیخ مشایخنا فی شرحه علی القواعد «۱».

هذا، و لکن «۲» إطلاق قولهم: «إنّ کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یقتضی الضمان فیما نحن فیه و شبهه؛ نظراً إلی أنّ البیع الصحیح یقتضی الضمان ففاسده کذلک، إلّا أن یفسّر بما أبطلناه سابقاً: من أنّ کلّ عقد یضمن علی فرض صحّته یضمن علی فرض فساده «۳»، و لا ریب أنّ العقد فیما نحن فیه و فی مثل المبیع «۴» بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة إذا فرض صحیحاً لا یکون فیه «۵» ضمان، فکذلک مع الحکم بالفساد، لکنّک عرفت ضعف هذا المعنی فیما ذکرناه سابقاً فی توضیح هذه القضیّة؛ فإنّ معناه: أنّ کلّ عقد تحقّق الضمان فی الفرد الصحیح منه یثبت الضمان فی الفرد الفاسد منه، فیختصّ موردها بما إذا کان للعقد فردان فعلیّان، لا الفرد الواحد المفروض تارة صحیحاً و أُخری فاسداً.

نعم، یمکن تطبیق المعنی المختار فیما نحن فیه و شبهه، بأن لا یکون المراد من العقد فی موضوع القضیّة خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود کالبیع و الصلح بل یراد مطلق المعاملة المالیّة التی یوجد لها

(۱) شرح القواعد (مخطوط): ۶۸.

(۲) فی «ف» زیادة: مقتضی.

(۳) سبق إبطاله فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، راجع الصفحة ۱۸۶.

(۴) فى مصحّحة «م»: البيع.

(۵) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: فيها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۴۹۱

فردان صحيح و فاسد، فيقال: إنّ ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة، تمليك بلا عوض من مال الآخر، و الفرد الصحيح من هذه المعاملة و هى الهبة الغير المعوّضة لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمّل.

و بالجملة، فمستند المشهور فى مسألتنا لا يخلو من غموض؛ و لذا لم يصرّح أحد بعدم الضمان فى «بعتك بلا ثمن» مع اتّفاقهم عليه هنا «۱»، و صرّح بعضهم «۲» بضمان المرتشى مع تلف الرشوة التى هى من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم، ذكر الشهيد رحمه اللّه و غيره عدم الضمان فى الإجارة بلا اجرة «۳».

و يؤيّد ما ذكرنا: ما دلّ من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتاً «۴»، و إن أمكن الذبّ عنه بأنّ المراد التشبيه فى التحريم، فلا ينافى عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت

---

(۱) لم ترد «هنا» فى غير «ف» و «ش»، و استُدركت فى «ن».

(۲) صرّح به المحقّق فى الشرائع ۴: ۷۸، و العلّامة فى القواعد ۲: ۲۰۵، و فى المستند (۲: ۵۲۷) هكذا: على المصرّح به فى كلام الأصحاب بل نفى الخلاف بيننا عليه.

(۳) تقدّم عن الشهيدين فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد (راجع الصفحة ۱۸۶)، و استحسنه السيّد الطباطبائى فى الرياض ۲: ۸ فيما لو اشترط عدم الأُجرة.

(۴) انظر الوسائل ۱۲: ۶۱ و ۸۳، الباب ۵ و ۱۴ من أبواب ما يكتسب به، و غيرهما من الأبواب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۴۹۲

الرجوع إذا باع البائع الفضولى غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك و دفع المشترى الثمن إليه لكونه واسطة فى إيصاله إلى المالك فتلف فى يده؛ إذ لم يسلّطه عليه و لا أذن له فى التصرّف فيه، فضلًا عن إتلافه، و لعلّ كلماتهم و معاقد اتّفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه، و إن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم فى مطلق الفضولى مع علم المشترى بالفضوليّة. و كذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشترى، بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما؛ فإنّه لم يحصل هنا من المشترى تسليط «۱» إلّا بالعقد، و التسليط العقدى مع فساده غير مؤثّر فى دفع «۲» الضمان، و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم «۳» بإباحة تصرّف البائع الغاصب «۴» فيه مع اتّفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد فى الإباحة.

و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العينَ صاحبها.

و لو كان الثمن كليّاً فدفع إليه المشترى بعض أفراده، فالظاهر عدم الرجوع؛ لأنّه كالثمن المعيّن فى تسليطه عليه مجّاناً.

---

(۱) فى غير «ص» و «ش»: «تسلّط»، لكن صحّح فى «ن» و «م» بما أثبتناه.

(۲) فى «ص»: رفع.

(۳) لم نقف على المصرّح بهذا، نعم نسبه فى جامع المقاصد ۴: ۷۱ إلى الأصحاب، و فى الجواهر ۲۲: ۳۰۷ نسبة جواز التصرّف إلى ظاهر المحقّق الكركى و غيره.

(۴) کلمهٔ «الغاصب» من «ش» و مصحّحهٔ «ن».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۴۹۳

المسألهٔ الثانیهٔ أنّ المشتری إذا اغترم للمالک غیر الثمن:

فإمّا أن یکون فی «۱» مقابل العین، کزیادهٔ القیمهٔ علی الثمن إذا رجع المالک بها علی المشتری، کأن کانت القیمهٔ المأخوذهٔ منه عشرین و الثمن عشرهٔ.

و إمّا أن یکون فی مقابل ما استوفاه المشتری، کسکنی الدار و وطء الجاریهٔ و اللبن و الصوف و الثمرهٔ. و إمّا أن یکون غرامهٔ لم یحصل له فی مقابلها نفع، کالنفقهٔ و ما صرفه فی العمارهٔ، و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر، أو إعطائه قیمهً للولد المنعقد حرّا و نحو ذلک، أو نَقَص من الصفات و الأجزاء.

ثمّ المشتری، إن کان عالماً فلا رجوع فی شیءٍ من هذه الموارد؛ لعدم الدلیل علیه.

و إن کان جاهلًا، فأمّا الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب کما فی الریاض «۲» و عن الکفایهٔ «۳»-: رجوع المشتری الجاهل بها علی البائع، بل فی کلام بعض «۴» تبعاً للمحکی عن فخر الإسلام فی

---

(۱) کذا فی «ف» و «ص» و مصحّحهٔ «ن»، و فی سائر النسخ: من.

(۲) الریاض ۲: ۳۰۷.

(۳) الکفایهٔ: ۲۶۰، و فیه: «و ذکر الأصحاب .. إلخ»، کما نقله عنه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامهٔ ۴: ۱۹۹.

(۴) مفتاح الکرامهٔ ۴: ۱۹۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۴۹۴

شرح الإرشاد «۱» دعوی الإجماع علی الرجوع بما «۲» لم یحصل فی مقابله نفع.

و فی السرائر «۳»: أنّه یرجع قولًا واحداً «۴»، و «۵» فی کلام المحقّق «۶» و الشهید «۷» الثانیین فی کتاب الضمان-: نفی الإشکال عن ضمان البائع لدرک ما یُحدثه المشتری إذا قلعه «۸» المالک.

و بالجملهٔ، فالظاهر عدم الخلاف فی المسألهٔ؛ للغرور فإنّ البائع مغرِّر للمشتری و موقِع إیّاه فی خطرات الضمان و متلِف علیه ما یغرمه، فهو کشاهد الزور الذی یُرجع إلیه إذا رجع عن «۹» شهادته و لقاعدهٔ نفی الضرر، مضافاً إلی ظاهر روایهٔ جمیل أو فحواها: «عن الرجل یشتری الجاریهٔ من السوق فیولدها، ثمّ یجیء مستحقّ الجاریهٔ، قال: یأخذ الجاریهٔ المستحقّ، و یدفع إلیه المبتاع قیمهٔ الولد و یرجع علی من باعه بثمن الجاریهٔ و قیمهٔ الولد التی أُخذت منه» «۱۰» فإنّ حریّهٔ ولد

---

(۱) لا یوجد لدینا، لکن حکاه عنه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامهٔ ۴: ۱۹۹.

(۲) فی غیر «ف» و «ش» بدل «بما»: ما.

(۳) فی «ش»: یر (رمز التحریر)، و انظر التحریر ۲: ۱۴۲.

(۴) السرائر ۲: ۴۹۳.

(۵) الواو» من «ف» و «ش».

(۶) جامع المقاصد ۵: ۳۴۰.

(۷) المسالک ۴: ۲۰۵.

(۸) فی «خ» و «ع» کتب علی «قلعه»: تلفه خ، و فی «ص»: أتلفه خ.

(۹) کذا فی «م»، و فی سائر النسخ: من.

(۱۰) الوسائل ۱۴: ۵۹۲، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء، الحدیث ۵.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۹۵

المشتری إمّا أن یعدّ نفعاً عائداً إلیه أو لا، و علی التقدیرین یثبت المطلوب، مع أنّ فی توصیف قیمة الولد بأنّها «أُخذت منه» نوع إشعار بعلیّة «۱» الحکم، فیطّرد فی سائر ما أُخذت «۲» منه.

و أمّا السکوت عن رجوع المشتری إلی البائع فی بعض الأخبار، فهو لعدم کونه مسوقاً لذلک.

کروایة زرارة: «فی رجلٍ اشتری من سوق المسلمین جاریة فخرج بها إلی أرضه فولدت منه «۳» أولاداً، ثمّ أتاها من یزعم أنّها له و أقام علی ذلک البیّنة، قال: یقبض ولده و یدفع إلیه الجاریة، و یعوّضه من قیمة ما أصاب من لبنها و خدمتها» «۴».

و روایة زریق، قال: «کنت عند أبی عبد اللّه علیه السلام یوماً إذ دخل علیه رجلان، فقال أحدهما: إنّه کان علیّ مالٌ لرجل من بنی عمّار، و له بذلک ذکر حقٍّ «۵» و شهود، فأخذ المال و لم أسترجع عنه «۶» الذکر بالحقّ، و لا کتبت علیه کتاباً، و لا أخذت منه براءة بذلک؛ و ذلک لأنی وثقت به، و قلت له: مزّق الذکر بالحقّ الذی عندک، فمات و تهاون

---

(۱) کذا فی «ن»، و استظهر فی «ص»، و فی سائر النسخ: لعلّیة.

(۲) کذا، و المناسب: ما أخذ.

(۳) فی «ف»: فولد منها.

(۴) الوسائل ۱۴: ۵۹۲، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العبید و الإماء، الحدیث ۴.

(۵) ذکر الحقّ: الوثیقة التی یُذکر فیها الدین، انظر لسان العرب ۷: ۳۷۹، و الإفصاح: ۱۲۰۸.

(۶) فی الوسائل: منه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۹۶

بذلک و لم یمزّقه، و عقیب هذا طالبنی بالمال ورّاثُه و حاکمونی و أخرجوا بذلک ذکر الحقّ «۱»، و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاکم، فأُخذت بالمال، و کان المال کثیراً، فتواریت عن الحاکم، فباع علیّ قاضی الکوفة معیشةً لی و قبض القوم المال، و هذا رجل من إخواننا ابتُلی بشراء معیشتی من القاضی.

ثمّ إنّ ورثة المیّت أقرّوا أنّ أباهم قد قبض المال، و قد سألوه أن یردّ علیّ معیشتی و یعطونه الثمن فی أنجم معلومة، فقال: إنّی أُحبّ أن أسأل أبا عبد اللّه علیه السلام عن هذا.

فقال الرجل یعنی المشتری-: کیف أصنع جعلت فداک؟ قال: تصنع أن ترجع بمالک علی الورثة، و تردّ المعیشة إلی صاحبها و تخرج یدک عنها.

قال: فإذا فعلت ذلک، له أن یطالبنی بغیر هذا؟ قال: نعم، له أن یأخذ منک ما أخذت من الغلّة من ثمن الثمار، و کلّ ما کان مرسوماً فی المعیشة یوم اشتریتها یجب أن تردّ ذلک، إلّا ما کان من زرعٍ زرعته أنت، فإنّ للزارع إمّا قیمة الزرع، و إمّا أن یصبر علیک إلی وقت حصاد الزرع، فإن لم یفعل ذلک «۲» کان ذلک له، و ردّ علیک القیمة و کان الزرع له.

قلت: جعلت فداک! فإن کان هذا قد أحدث فیها بناءً أو غرساً «۳»؟

---

(۱) فی الوسائل: الذکر بالحقّ.

(۲) لم ترد «ذلک» فی الوسائل، و شطب علیها فی «ص».

(۳) فی الوسائل: قد أحدث فیها بناء و غرس.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۹۷

قال: له قیمة ذلک، أو یکون ذلک المحدث بعینه «۱» یقلعه و یأخذه.

قلت: أ رأیت إن کان فیها غرس أو بناء فقُلع الغرس و هُدم البناء؟ فقال: یردّ «۲» ذلک إلی ما کان أو یغرم القیمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جمیع ما أخذ من غلّاتها علی «۳» صاحبها و ردّ البناء و الغرس و کلَّ محدث إلی ما کان، أو ردّ القیمة کذلک، یجب علی صاحب الأرض أن یردّ علیه «۴» کلّ ما خرج عنه «۵» فی إصلاح المعیشة، من قیمة غرسٍ أو بناءٍ أو نفقةٍ فی مصلحة المعیشة، و دفع النوائب عنها «۶»، کلّ ذلک فهو «۷» مردود إلیه» «۸».

و فیه مع أنّا نمنع ورودها «۹» إلّا فی مقام حکم المشتری مع المالک-: أنّ السکوت فی مقام البیان لا یعارض الدلیل، مع أنّ «۱۰»

---

(۱) فی «ف» و «خ» و نسخة بدل «ن»، «م»، «ع» و «ش»: نفسه.

(۲) فی «ف»، «م» و «ع»: ترد.

(۳) فی الوسائل و مصحّحة «م» و «ص»: إلی.

(۴) عبارة «أن یردّ علیه» من الوسائل، و قد استدرکت فی هامش «خ»، «م»، «ص» و «ش».

(۵) کذا فی الوسائل و مصحّحة «ص»، و فی النسخ: منه.

(۶) کلمة «عنها» من الوسائل، و استدرکت فی «م» و «ص».

(۷) کلمة «فهو» من الوسائل، و استدرکت فی «م» و «ص».

(۸) فی النسخ زیادة: «إلخ»، و الظاهر أنّه لا وجه له، لأنّ الحدیث مذکور بتمامه، انظر الوسائل ۱۲: ۲۵۳، الباب ۳ من أبواب عقد البیع و شروطه.

(۹) کذا فی النسخ، و الظاهر أنّ الصواب: «ورودهما» کما فی مصحّحة «ن».

(۱۰) فی «ش»: أنّه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۹۸

روایة زرارة ظاهرها عدم التمکّن من الرجوع إلی البائع، مع أنّ البائع فی قضیّة زریق هو القاضی، فإن کان قضاؤه صحیحاً لم یتوجّه إلیه غرم؛ لأنّ الحاکم من قبل الشارع لیس غارّاً «۱» من جهة حکمه علی طبق البیّنة المأمور بالعمل بها، و إن کان قضاؤه باطلًا کما هو الظاهر فالظاهر علم المشتری ببطلان قضاء المخالف و تصرّفه فی أُمور المسلمین، فهو عالم بفساد البیع فلا رجوع له.

و أمّا الثانی، و هو ما غرمه فی مقابل النفع الواصل إلیه من المنافع و النماء، ففی الرجوع بها خلاف، أقواها «۲» الرجوع؛ وفاقاً للمحکیّ عن المبسوط «۳» و المحقّق «۴» و العلّامة فی التجارة «۵» و الشهیدین «۶» و المحقّق

---

(۱) فی «ع» و «ص»: غارماً.

(۲) کذا، و لعلّ الأولی: أقواهما.

(۳) حکاه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۱۹۹ و ۶: ۳۰۱ عن موضع من المبسوط، و لم نعثر علیه فیه، و فی الإیضاح (۲: ۱۹۱) و التنقیح (۴: ۷۵) أنّ للشیخ قولین، و لکنّ الشهید الثانی فی المسالک (۲: ۲۱۳) الطبعة الحجریة حکی عن الشیخ فی المبسوط: العدم، و مثله المحقّق السبزواری فی الکفایة: ۲۶۰ و السیّد الطباطبائی فی الریاض ۲: ۳۰۷.

(۴) حکاه الشهید الثانی فی المسالک (الطبعة الحجریة) ۲: ۲۱۳، و السیّد الطباطبائی فی الریاض ۲: ۳۰۷ و غیرهما عن متاجر الشرائع، انظر الشرائع ۲: ۱۴.

(۵) حکاه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۶: ۳۰۱، عن ظاهر القواعد فی المتاجر، و انظر القواعد ۱: ۱۲۴.

(۶) الدروس ۳: ۱۱۵، و الروضة البهیّة ۳: ۲۳۸، و المسالک ۳: ۱۶۰.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۴۹۹

الثانی «۱» و غیرهم «۲»، و عن التنقیح: أنّ علیه الفتوی «۳»؛ لقاعدة الغرور المتّفق علیها ظاهراً فی من قدّم مال الغیر إلی غیره الجاهل فأکله.

و یؤیّده: قاعدة نفی الضرر؛ فإنّ تغریم من أقدم علی إتلاف شیء من دون عوض مغروراً من آخر بأنّ له ذلک مجّاناً، من دون الحکم برجوعه إلی من غرّه، فی ذلک ضرر عظیم، و مجرّد رجوع عوضه إلیه لا یدفع الضرر.

و کیف کان، فصدق الضرر و إضرار الغارّ به ممّا لا یخفی، خصوصاً فی بعض الموارد.

فما فی الریاض: من أنّه لا دلیل علی قاعدة الغرور إذا لم ینطبق مع قاعدة نفی الضرر المفقود فی المقام؛ لوصول العوض إلی المشتری «۴»، لا یخلو عن شیء.

مضافاً إلی ما قیل علیه: من منع مدخلیّة الضرر فی قاعدة الغرور، بل هی مبتیّة علی قوّة السبب علی المباشر «۵».

لکنّه لا یخلو من نظر؛ لأنّه إنّما یدّعی اختصاص دلیل الغرور من النصوص الخاصّة و الإجماع بصورة الضرر.

---

(۱) جامع المقاصد ۶: ۳۲۶.

(۲) کفخر المحقّقین فی إیضاح الفوائد ۲: ۱۹۱، و المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة ۸: ۱۶۴، و غیرهما.

(۳) التنقیح ۴: ۷۵.

(۴) الریاض ۲: ۳۰۷.

(۵) قاله صاحب الجواهر فی الجواهر ۳۷: ۱۸۳.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۰۰

و أمّا قوّة السبب علی المباشر، فلیست بنفسها دلیلًا علی رجوع المغرور، إلّا إذا کان السبب بحیث استند التلف عرفاً إلیه، کما فی المُکْرَه و کما فی الریح العاصف الموجب للإحراق، و الشمس الموجبة لإذابة الدهن و إراقتها.

و المتّجه فی مثل ذلک عدم الرجوع إلی المباشر أصلًا، کما نُسب إلی ظاهر الأصحاب فی المکره «۱»؛ لکون المباشر بمنزلة الآلة، و أمّا فی غیر ذلک فالضمان أو قرار الضمان فیه یحتاج إلی دلیل مفقود، فلا بدّ من الرجوع بالأخرة إلی قاعدة الضرر، أو الإجماع المدّعی فی الإیضاح علی تقدیم السبب إذا کان أقوی «۲»، أو بالأخبار الواردة فی الموارد المتفرّقة «۳»، أو کون الغارّ سبباً فی تغریم المغرور، فکان کشاهد الزور فی ضمان ما یؤخذ بشهادته «۴».

و لا ریب فی ثبوت هذه الوجوه فیما نحن فیه، أمّا الأخیر فواضح، و أمّا الأوّل فقد «۵» عرفته، و أمّا الإجماع و الأخبار فهما و إن لم یردا فی خصوص المسألة، إلّا أنّ تحقّقهما «۶» فی نظائر المسألة کافٍ، فإنّ

---

(۱) نسبه صاحب الجواهر فی الجواهر ۳۷: ۵۷.

(۲) الإیضاح ۲: ۱۹۱.

(۳) منها ما تقدّم فی الصفحة ۴۹۴ و ما بعدها.

(۴) فی غیر «ف» و «ن»: «لشهادته»، راجع الوسائل ۱۸: ۲۳۸ و ۲۴۲، الباب ۱۱ و ۱۴ من أبواب الشهادات.

(۵) فی «ف»، «ن» و «خ»: قد.

(۶) کذا فی «ف»، و فی سائر النسخ: «تحقّقها»، لکن صحّحت فی «ن»، «م» و «ص» بما أثبتناه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۵۰۱

رجوع آکل طعام الغیر إلی من غرّه بدعوی تملّکه و إباحته له مورد الإجماع ظاهراً، و رجوع المحکوم علیه إلی شاهدی الزور مورد الأخبار، و لا یوجد فرق بینهما و بین ما نحن فیه أصلًا.

و قد ظهر ممّا ذکرنا فساد منع الغرور فیما نحن فیه، کما فی کلام بعض «۱»، حیث عدل فی ردّ مستند المشهور عمّا فی الریاض «۲» من منع الکبری، إلی منع الصغری، فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع فی باب الإتلاف و إن کان غیر منقّح، إلّا أنّ المتیقّن منه ما کان إتلاف المغرور لمال الغیر و إثبات یده علیه لا بعنوان أنّه مال الغیر، بل قصده إلی إتلافه «۳» مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف، فیکون غیر قاصد لإتلاف مال الغیر، فیشبه المُکرَه فی عدم القصد.

هذا کلّه، مضافاً إلی ما قد یقال: من دلالة روایة جمیل المتقدّمة «۴» بناءً علی أنّ حرّیّة الولد منفعة راجعة إلی المشتری، و هو الذی ذکره المحقّق احتمالًا فی الشرائع فی باب الغصب «۵»، بناءً علی تفسیر المسالک «۶»، و فیه تأمّل.

---

(۱) و هو صاحب الجواهر فی الجواهر ۳۷: ۱۸۳.

(۲) الریاض ۲: ۳۰۷.

(۳) فی «م»: إتلاف.

(۴) تقدّمت فی الصفحة ۴۹۴.

(۵) الشرائع ۳: ۲۴۶.

(۶) المسالک (الطبعة الحجریة) ۲: ۲۱۳.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۵۰۲

ثمّ إنّ ممّا ذکرنا فی حکم هذا القسم یظهر حکم ما یغرمه فی مقابل العین من زیادة القیمة علی الثمن الحاصلة وقت العقد، کما لو باع ما یسوی «۱» عشرین بعشرة، فتلف فأخذ منه المالک عشرین «۲»، فإنّه لا یرجع بعشرة الثمن، و إلّا لزم تلفه من کیس البائع من دون أن یغرّه «۳» فی ذلک؛ لأنّه لو فرض صدق البائع فی دعوی الملکیّة لم یزل غرامة المشتری «۴» للثمن بإزاء المبیع التالف، فهذه الغرامة للثمن «۵» لم تنشأ عن کذب البائع، و أمّا العشرة الزائدة فإنّما جاء غرامتها من کذب البائع فی دعواه، فحصل الغرور فوجب الرجوع.

و ممّا ذکرنا یظهر اندفاع ما ذکر «۶» فی وجه عدم الرجوع: من أنّ المشتری إنّما أقدم علی ضمان العین و کون تلفه منه، کما هو شأن فاسد کلّ عقد یُضمن بصحیحه، و مع الإقدام لا غرور؛ و لذا لم یقل به فی العشرة المقابلة للثمن.

توضیح «۷» الاندفاع: أنّ الإقدام إنّما کان علی ضمانه بالثمن، إلّا أنّ

---

(۱) فی «خ»، «م»، «ع» و «ص»: «سوی»، و فی الأخیرة مکتوب فوقها: ساوی ظ.

(۲) کذا فی «ش» و مصحّحة «ن»، و فی غیرهما: بعشرین.

(۳) فی «ع»: یغرمه.

(۴) فی غیر «ش» بدل المشتری: «البائع»، لکن صحّحت فی «خ»، «م»، «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(۵) لم ترد «للثمن» فی «ف».

(۶) انظر المسالک (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۱۳، و الجواهر ۳۷: ۱۷۹.

(۷) فی «ف»: و توضیح.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۰۳

الشارع جعل القبض علی هـذا النحو من الإقـدام مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع له سـبباً لضـمان المبیع بقیمته الواقعیّة، فالمانع من تحقّق الغرور و هو الإقـدام لم یکن إلّـا فی مقابل الثمن، و الضـمان المسبّب عن هـذا الإقـدام لمّا کان لأجل فساد العقـد المسبّب عن تغریر البائع کان المرتّب علیه من ضـمان العشـرة الزائدة مستقرّاً علی الغارّ، فغرامة العشرة الزائدة و إن کانت مسبّبة عن الإقدام، إلّا أنّها لیست مقدماً علیها.

هذا کلّه، مع أنّ التحقیق علی ما تقدّم سابقاً «۱»-: أنّ سبب الضمان فی العقد الفاسد هو القبض الواقع لا علی وجه الائتمان، و أن لیس الإقدام علی الضـمان علّة له مع عدم إمضاء الشارع لذلک الضـمان و إن استدلّ به الشیخ «۲» و أکثر من تأخّر عنه «۳»، و قد ذکرنا فی محلّه توجیه ذلک بما یرجع إلی الاستدلال بالید، فراجع «۴». و کیف کان، فجریان قاعدة الغرور فیما نحن فیه أولی منه فیما حصل فی مقابلته نفع.

هذا إذا کانت الزیادة موجودة وقت العقد، و لو تجدّدت بعده فالحکم بالرجوع فیه أولی.

هذا کلّه فیما یغرمه المشتری بإزاء نفس العین التالفة، و أمّا ما یغرمه بإزاء أجزائه التالفة، فالظاهر أنّ حکمه حکم المجموع فی

---

(۱) تقدّم فی الصفحة ۱۹۰ ۱۹۱ و ۴۸۹.

(۲) کما تقدّم فی الصفحة ۴۸۶، و راجع الصفحة ۱۸۲ و ۱۸۸، أیضاً، فی مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

(۳) کما تقدّم فی الصفحة ۴۸۶، و راجع الصفحة ۱۸۲ و ۱۸۸، أیضاً، فی مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

(۴) راجع الصفحة ۱۹۰ ۱۹۱.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۰۴

أنّه یرجع فی الزائد علی ما یقابل ذلک الجزء لا فیما یقابله علی ما اخترناه و یجیء علی القول الآخر عدم الرجوع فی تمام ما یغرمه.

و أمّا مـا یغرمه بإزاء أوصافه، فإن کان ممّا لا یقسّط علیه الثمن کماعـدا وصف الصـحّة من الأوصاف التی یتفاوت بها القیمـة، کما لو کان عبداً کاتباً فنسـی الکتابة عند المشتری فرجع المالک علیه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتری علی البائع؛ لأنّه لم یُقدم علی ضـمان ذلک.

ثمّ إنّ مـا ذکرنـا کلّه من رجوع المشتری علی البـائع بمـا یغرمه إنّمـا هو إذا کـان البیع المـذکور صـحیحاً من غیر جهـة کون البائع غیر مالک، أمّا لو کان فاسـداً من جهـةٍ أُخری فلا رجوع علی البائع؛ لأنّ الغرامة لم تجیء من تغریر البائع فی دعوی الملکیّة، و إنّما جاءت من جهـة فساد البیع، فلو فرضـنا البـائع صادقاً فی دعواه لم تزل الغرامـة، غایـة الأـمر کون المغروم له هو البائع علی تقـدیر الصـدق، و المالک علی تقدیر کذبه، فحکمه حکم نفس الثمن فی التزام المشتری به علی تقدیری صدق البائع و کذبه.

ثمّ إنّه قد ظهر «۱» ممّا ذکرنا: أنّ کلّ ما یرجع المشتری به علی البائع إذا رُجع علیه «۲»، فلا یرجع البائع به علی المشتری إذا رُجع علیه؛ لأنّ المفروض قرار الضمان علی البائع، و أمّا ما لا یرجع المشتری

---

(۱) فی «ف»: قد تلخّص.

(۲) کذا فی «ف» و نسخة بدل «ن»، و فی سائر النسخ: إلیه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۰۵

به على البائع كمساوى الثمن من القيمة فيرجع البائع به على المشترى إذا غرمه للمالك، و الوجه فى ذلك حصول التلف فى يده.

فإن قلت: إنّ كلّا من البائع و المشترى يتساويان فى حصول العين فى يدهما العادية التى هى سبب للضمان «١»، و حصول التلف فى يد المشترى «٢» لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم، لو أتلف بفعله رجع؛ لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق.

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفيّة اشتغال ذمّة كلٍّ من اليدين ببدل التالف و صيرورته فى عهدة كلٍّ منهما، مع أنّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار «٣» إلّا فى ذمّة واحدة، و أنّ الموصول فى قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» «۴» شيء واحد، كيف يكون على كلّ واحدة من الأيادى المتعدّدة؟

فنقول: معنى كون العين المأخوذة على اليد: كون عهدتها و دركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدٍ متعدّدة يكون العين الواحدة فى عهدة كلٍّ من الأيادى، لكن ثبوت الشيء الواحد فى العهدات المتعدّدة معناه: لزوم خروج كلٍّ منها عن العهدة عند تلفه، و حيث إنّ الواجب هو

---

(١) فى «ف»: الضمان.

(٢) فى غير «ف» و «ش» زيادة: «لا وجه له، و»، و قد شطب عليها فى «ن».

(٣) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: «لا يعقل الاستقرار»، لكن صحّح فى «خ» و «ص» ب «لا يعقل استقراره».

(۴) عوالى اللآلى ١: ٢٢۴، الحديث ١٠۶ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

تدارك التالف الذى يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه: تسلّط المالك على مطالبة كلٍّ منهم بالخروج «١» عن العهدة عند تلفه «٢»، فهو يملك ما فى ذمّة كلٍّ منهم على البدل، بمعنى أنّه إذا استوفى أحدها «٣» سقط «۴» الباقى؛ لخروج الباقى عن كونه «۵» تداركاً، لأنّ المتدارك لا يتدارك.

و الوجه فى سقوط حقّه بدفع بعضهم عن الباقى: أنّ مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل و لا بدله، فأيّها «۶» حصل فى يده لم يبقَ له استحقاق بدله «٧»، فلو بقى شيء له فى ذمّة واحدة «٨» لم يكن بعنوان

---

(١) فى غير «ف» و «ن»: الخروج.

(٢) عند تلفه» ساقطة من «ف».

(٣) كذا فى «ش» و مصحّحتى «ن» و «م»، و فى مصحّحتى «خ» و «ص»: أحدهم، و فى نسختى «ف» و «ع»: «أحدهما»، و الظاهر أنّها كانت فى أصل النسخ مثنّاة، ثمّ أُضيف إليها فى بعض النسخ كلمة «من» قبلها تصحيحاً أو استظهاراً.

(۴) فى «ص» زيادة: من خ.

(۵) كذا فى «ع» و «ص» و مصحّحة «خ»، و فى سائر النسخ: «كونها»، قال الشهيدى: ضمير «كونها» على تقدير صحّة النسخة راجع إلى «الباقى» بلحاظ المعنى، فإنّ المراد منه الأبدال، و الصواب «كونه» بدل «كونها». (هداية الطالب: ٣١١).

(۶) كذا فى «ف»، و فى «ن» و «خ» قبل التصحيح، و فى سائر النسخ: «فأيّهما»، و الصواب ما أثبتناه، و الضمير راجع إلى «الأبدال» المستفاد من الكلام.

(٧) فى «خ» شطب على «بدله».

(٨) فى «ف» و «ن»: واحد.

البدليّة، و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

و يتحقّق ممّا ذكرنا: أنّ المالك إنّما يملك البدل على سبيل البدلية، و «١» يستحيل اتّصاف شيء منها بالبدليّة بعد صيرورة أحدها بدلًا عن التالف واصلًا إلى المالك.

و يمكن أن يكون نظير ذلك: ضمان المال على طريقة الجمهور؛ حيث إنّه ضمّ ذمّة إلى ذمّة أُخرى «٢»، و ضمان عهدة العوضين لكلٍّ من البائع و المشترى عندنا كما فى الإيضاح «٣» و ضمان الأعيان المضمونة على ما استقربه فى التذكرة «۴» و قوّاه فى الإيضاح «۵»، و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة «۶».

و قد حكى فخر الدين «٧» و الشهيد «٨» عن العلّامة رحمه اللّه فى درسه «٩»: أنّه نفى المنع عن «١٠» ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: و نظيره فى

---

(١) فى غير «ش» بدل «و»: «إذ»، لكن صحّح فى «ن» بما أثبتناه.

(٢) انظر المغنى؛ لابن قدامة ۴: ۵۹۰.

(٣) لم نقف عليه.

(۴) التذكرة ٢: ٩٢، و فيه: و فى ضمان الأعيان المضمونة و العهدة إشكال، أقربه عندى جواز مطالبة كلٍّ من الضامن و المضمون عنه بالعين المغصوبة.

(۵) لم نقف عليه.

(۶) راجع الوسيلة: ٢٨١.

(٧) الإيضاح ٢: ٨٩.

(٨) لم نقف عليه فى كتبه و لا على من حكى عنه.

(٩) فى «ش»: دروسه.

(١٠) فى غير «ف»: من.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٠٨

العبادات: الواجب الكفائى، و فى الأموال: الغاصب من الغاصب.

هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوى الأيدى.

و أمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلا ريب فى أنّ اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه فى خطر الضمان، كما لا ريب فى أنّ السابق إذا رُجع عليه و كان غارّاً للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له؛ فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارّاً له.

فنقول: إنّ الوجه فى رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته «١» بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال فى يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدلٌ، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل؛ إذ لا يُعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البدل، و إلّا خرج بدله عن كونه بدلًا، فما يدفعه الثانى فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه فى ذمّة الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل؛ فإنّه تدارك نفس العين معيّناً؛ إذ «٢» لم يحدث له تدارك آخر بعدُ؛ فإن أدّاه إلى المالك سقط تدارك الأوّل له. و لا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك؛ لأنّه من باب الغرامة و التدارك، فلا اشتغال للذمّة قبل حصول التدارك «٣»، و ليس من قبيل العوض لما فى ذمّة الأوّل.

فحال الأوّل مع الثانى كحال الضامن مع المضمون عنه فى أنّه

(١) في غير «ف» و «ش» زيادة: «له»، لكن شطب عليها في «ن».

(٢) في «خ» و «ع»: إذا.

(٣) كذا في «ش» و مصحّحة «ص»، و في سائر النسخ: قبل فوات المتدارك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٥٠٩

لا يستحقّ الدفع إليه إلّا بعد الأداء.

و الحاصل: أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك و من سبقه في اليد، فيشتغل «١» ذمّته إمّا بتدارك العين، و إمّا بتدارك ما تداركها «٢»، و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمّة أشخاص على البدل بشيء «٣» واحد لشخص واحد.

و ربما يقال «۴» في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده «۵» لو رجع عليه: إنّ ذمّة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل و إن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمّته به، فيملك حينئذٍ من أدّى بأدائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضة الشرعيّة القهريّة، قال: و بذلك اتّضح الفرق بين من تلف المال في يده، و بين غيره الذي خطابه بالأداء شرعيّ لا ذمّي؛ إذ لا دليل على شغل ذِمم متعدّدة بمال واحد، فحينئذٍ يُرجع عليه و لا يَرجع هو «۶»، انتهى.

و أنت خبير بأنّه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأنّ خطابه ذمّي و خطاب غيره شرعي؛ مع كون دلالة

(١) في «ف»: «فيستقل»، و في «ش»: و يشتغل.

(٢) في «ف»: تداركه.

(٣) في غير «ن» و «ش»: لشيء.

(۴) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧: ٣۴.

(۵) عبارة «إلى من تلف في يده» ساقطة من «ش».

(۶) انتهى ما قاله صاحب الجواهر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٥١٠

«على اليد ما أخذت» بالنسبة إليهما على السواء، و المفروض أنّه «١» لا خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنّه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذمّي.

مع أنّه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كلٍّ من ذوي الأيدي مشغول الذمّة بالمال فعلًا ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله، و تقديمه على الوصايا و الضرب فيه مع الغرماء، و مصالحة المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمّة.

مع أنّ تملّك غير من تلف المال بيده لما في ذمّة «٢» من تلف المال بيده بمجرّد دفع البدل، لا يعلم له سبب اختياري و لا قهري، بل المتّجه على ما ذكرنا سقوط حقّ المالك عمّن تلف في يده بمجرّد أداء غيره؛ لعدم تحقّق موضوع التدارك بعد تحقّق التدارك.

مع أنّ اللازم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن «٣» لحقه في اليد «۴» العادية إلّا إلى «۵» من تلف في يده، مع أنّ الظاهر خلافه؛ فإنّه يجوز له أن يرجع إلى كلّ واحد ممّن بعده.

نعم، لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى

(۱) فی «ف»: أنّ.

(۲) فی غیر «ش»: ذمّته، لکن صحّحت فی «ص» و ظاهر «ن» بما أثبتناه.

(۳) فی «ش»: بمن.

(۴) فی مصحّحة «ص»: الأیدی.

(۵) کلمة «إلی» من «ش» و مصحّحة «ن»، و العبارة فی «ص»: إلّا بمن.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۱۱

أن یستقرّ علی من تلف فی یده.

هذا کلّه إذا تلف المبیع فی ید المشتری. و قد عرفت الحکم أیضاً فی صورة بقاء العین «۱» و أنّه یرجع المالک بها علی من فی یده أو «۲» من جرت یده علیها، فإن لم یمکن انتزاعها ممّن هی فی یده غرم للمالک بدل الحیلولة، و للمالک استرداده «۳» فیردّ بدل الحیلولة.

و لا یرتفع سلطنة المالک علی مطالبة الأوّل بمجرّد تمکّنه من الاسترداد من الثانی، لأنّ عهدتها «۴» علی الأوّل فیجب علیه «۵» تحصیلها و إن بذل ما بذل. نعم، لیس للمالک أخذ مئونة الاسترداد، لیباشر «۶» بنفسه.

و لو لم یقدر علی استردادها إلّا المالک، و طلب من الأوّل عوضاً عن الاسترداد، فهل یجب علیه بذل العوض، أو ینزّل منزلة التعذّر فیغرم بدل الحیلولة، أو یفرّق بین الأُجرة المتعارفة للاسترداد و بین الزائد علیها ممّا یعدّ إجحافاً علی الغاصب الأوّل؟ وجوه.

هذا کلّه مع عدم تغیّر العین، و أمّا إذا تغیّرت فیجیء صور کثیرة

---

(۱) فی الصفحة ۴۸۳.

(۲) فی «ف» زیادة: علی.

(۳) فی «ش»: «استردادها»؛ قال الشهیدی قدّس سرّه: و ضمیر «استرداده» راجع إلی «من» فی قوله: ممّن هی فی یده. (هدایة الطالب: ۳۱۱).

(۴) فی غیر «ش»: عهدته.

(۵) فی غیر «ش»: «علیها»، لکن صحّحت فی «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(۶) فی «ف»: لیباشره.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۱۲

لا یناسب المقام التعرّض لها و إن کان کثیر ممّا ذکرنا أیضاً ممّا لا یناسب ذکره إلّا فی باب الغصب، إلّا أنّ الاهتمام بها دعانی إلی ذکرها فی هذا المقام بأدنی مناسبة؛ اغتناماً للفرصة.

وفّقنا اللّه لما یرضیه عنّا من العلم و العمل، إنّه غفّار الزلل.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۱۳

مسألة لو باع الفضولی مال غیره مع مال نفسه:

فعلی القول ببطلان الفضولی فالظاهر أنّ حکمه حکم بیع «۱» ما یقبل الملک مع ما لا یقبله، و الحکم فیه: الصحّة؛ لظهور الإجماع، بل دعواه عن غیر واحد «۲»، مضافاً إلی صحیحة الصفّار المتقدّمة فی أدلّة بطلان الفضولی من قوله علیه السلام: «لا یجوز بیع ما لا یملک، و قد وجب الشراء فی ما یملک» «۳».

و لما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولی كالشيخ «۴» و ابن

---

(۱) كلمة «بيع» لم ترد فی «ص»، و وردت فی «ن»، «خ»، «م» و «ع» استدراكاً أو كنسخة بدل.

(۲) منهم السيّد ابن زهرة فی الغنية: ۲۰۹، و كاشف الغطاء فی شرحه على القواعد (مخطوط): ۶۵، و فی الرياض (۱: ۵۱۳)، و الجواهر (۲۲: ۳۰۹): بل ظاهرهم الإجماع عليه.

(۳) الوسائل ۱۲: ۲۵۲، الباب ۲ من أبواب عقد البيع و شروطه، و قد تقدّمت فی الصفحة ۳۶۵.

(۴) راجع المبسوط ۲: ۱۴۵، و الخلاف ۳: ۱۴۴، كتاب البيوع، المسألة ۲۳۲.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۵۱۴

زهرة «۱» و الحلیّ «۲» و غيرهم «۳». نعم، لولا النصّ و الإجماع أمكن الخدشة فيه بما سيجی‌ء فی بيع ما يُملك و ما لا يملك «۴».

و أمّا على القول بصحّة الفضولی، فلا ينبغی الريب فی الصحّة مع الإجازة، بل و كذا مع الردّ؛ فإنّه كما لو تبيّن بعض المبيع غير مملوك، غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذٍ للمشتری مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة «۵»، و سيجی‌ء فی أقسام الخيار بل عن الشيخ فی الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع «۶»، لكن عن الغنية الجزم بعدمه «۷»، و يؤيّده صحيحة الصفّار «۸».

و ربما حُمل كلام الشيخ على ما إذا ادّعى البائع الجهل أو الإذن، و كلام الغنية على العالم «۹».

---

(۱) الغنية: ۲۰۹ و ۲۳۰.

(۲) السرائر ۲: ۲۷۵.

(۳) لم نقف على من صرّح بهذا من القائلين بالبطلان فی الفضولی، نعم يظهر من المحدّث البحرانی فی الحدائق ۱۸: ۳۹۹ ۴۰۰ و ۱۹: ۳۱۵.

(۴) يجی‌ء فی الصفحة ۵۳۱.

(۵) التذكرة ۱: ۵۶۶.

(۶) لم نعثر عليه فی الخلاف و لا على من حكاه عنه، بل أنكره الشيخ فی الخلاف، راجع الخلاف ۳: ۱۴۶، المسألة ۲۳۵، نعم قوّاه فی المبسوط كما هو المحكی فی الجواهر، راجع المبسوط ۲: ۱۴۵، و الجواهر ۲۲: ۳۱۶.

(۷) الغنية: ۲۳۰.

(۸) المشار إليها آنفاً.

(۹) راجع مفتاح الكرامة ۴: ۲۰۷، و الجواهر ۲۲: ۳۱۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۵۱۵

ثمّ إنّ صحّة البيع فيما يملكه مع الردّ مقيّدة فی بعض الكلمات بما إذا لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعی، كلزوم ربا، و بيع آبقٍ من دون ضميمة «۱»، و سيجی‌ء الكلام فی محلّها «۲».

ثمّ إنّ البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصّته من الثمن، و موقوف فی غيره بحصّته.

و طريق معرفة حصّة كلٍّ منهما من الثمن فی غير المثلی: أن يقوّم كلٌّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحدٍ جزءٌ من الثمن نسبتُه إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، مثاله كما عن السرائر «۳»-: ما إذا كان ثمنهما «۴» ثلاثة «۵» دنانير، و قيل: «إنّ قيمة المملوك قيراط و قيمة غيره قيراطان» فيرجع المشتری بثلثی الثمن.

و ما ذكرنا من الطريق هو المصرّح به فی الإرشاد، حيث قال: و يقسّط المسمّى «۶» على القيمتين «۷». و لعلّه أيضاً مرجع «۸» ما فی

الشرائع «٩»

(١) قيّده صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٣٠٩.

(٢) كذا فى النسخ، و الظاهر أنّ الصحيح: «فى محلّه» كما استُظهر فى «ص».

(٣) السرائر ٢: ٢٧۶.

(۴) كذا فى «ص» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: ثمنها.

(۵) كذا فى «ف» و مصحّحة «ص»، و فى سائر النسخ: ثلاث.

(۶) فى «ف»: «الثمن»، و فى هامش «م» زيادة: الثمن خ ل.

(٧) الإرشاد ١: ٣۶٠.

(٨) فى «ف»: يرجع إلى.

(٩) الشرائع ٢: ١۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵١۶

و القواعد «١» و اللمعة «٢»: من أنّهما يقوّمان جميعاً ثمّ يقوّم أحدهما؛ و لهذا «٣» فسّر بهذه العبارة المحقّق الثانى عبارة الإرشاد، حيث قال: طريق تقسيط المسمّى «۴» على القيمتين .. إلخ «۵».

لكنّ الإنصاف: أنّ هذه العبارة الموجودة فى هذه الكتب لا- تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التى اخترناها فى طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر؛ إذ لو كان المراد من «تقويمهما معاً»: تقويم كلٍّ منهما لا- تقويم المجموع لم يحتج إلى قولهم: «ثمّ يقوّم أحدهما، ثمّ تنسب قيمته» إذ ليس هنا إلّا أمران: تقويم كلٍّ منهما، و نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين؛ فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين، ثمّ تقويم أحدهما بنفسه، ثمّ ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

و من هنا أنكر عليهم جماعة «۶» تبعاً لجامع المقاصد «٧» إطلاق القول بذلك؛ إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل فى زيادة القيمة، كما فى مصراعى باب و زوج خفّ إذا فرض تقويم

(١) القواعد ١: ١٢۵.

(٢) اللمعة الدمشقية: ١١٠.

(٣) كذا فى «ف»، «ع» و «ص»، و فى سائر النسخ: و لذا.

(۴) فى «ف»: «الثمن»، و فى هامش «م» زيادة: الثمن خ ل.

(۵) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٩.

(۶) مثل الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ١۶٢ و الروضة ٣: ٢٣٩، و المحدّث البحرانى فى الحدائق ١٨: ۴٠٢، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ١: ۵١۴، و انظر مفتاح الكرامة ۴: ٢٠۴.

(٧) جامع المقاصد ۴: ٧٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵١٧

المجموع بعشرة و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمسة، فإنّه إذا رجع المشترى بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الاثنين إلى العشرة استحقّ من البائع واحداً من الخمسة فيبقى للبائع أربعة فى مقابل المصراع الواحد، مع أنّه لم يستحقّ من الثمن إلّا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعنى درهمين و نصفاً «١».

و الحاصل: أنّ البيع إنّما يبطل فى ملك الغير بحصّةٍ من الثمن يستحقّها الغير مع الإجازة، و يصحّ فى نصيب المالك بحصّة كان يأخذها مع إجازة مالك «۲» الجزء الآخر.

هذا، و لكنّ الظاهر أنّ كلام الجماعة إمّا محمول على الغالب: من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من «تقويمهما» تقويم كلٍّ منهما منفرداً، و يراد «۳» من «تقويم أحدهما ثانياً» ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، و إلّا ففساد الضابط المذكور فى كلامهم لا يحتاج إلى النقض بصورة مدخلية الاجتماع فى الزيادة التى يمكن القول فيها و إن كان ضعيفاً بأخذ النسبة للمشترى بين قيمة أحدهما المنفرد و بين قيمة المجموع، بل ينتقض بصورة مدخليّة الاجتماع فى نقصان القيمة بحيث يكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد، فإنّ هذا فرض ممكن كما صرّح به فى رهن جامع المقاصد «۴»

---

(۱) فى غير «ش» و مصحّحة «ص»: نصف.

(۲) فى «ش»: المالك.

(۳) شطب فى «ن» على «يراد».

(۴) جامع المقاصد ۵: ۵۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۱۸

و غيره «۱» فإنّ الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و المثمن، كما لو باع جارية مع أمّها قيمتهما مجتمعتين عشرة، و قيمة كلّ واحدة منهما منفردة عشرة، بثمانية؛ فإنّ نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين «۲» نسبة الشيء إلى مماثله، فرجع «۳» بكلّ الثمانية «۴». و كأنّ من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا، أو كان عنده غير ممكن.

فالتحقيق فى جميع الموارد: ما ذكرنا، من ملاحظة قيمة كلٍّ منهما منفرداً، و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت: إنّ المشترى إنّما «۵» بذل الثمن فى مقابل كلٍّ منهما مقيّداً باجتماعه مع الآخر، و هذا الوصف لم يبقَ له مع ردّ مالك أحدهما، فالبائع إنّما يستحقّ من الثمن ما يوزّع على ماله منفرداً، فله من الثمن جزءٌ نسبته إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة، و هو درهم واحد، فالزيادة ظلم على المشترى، و إن كان ما أوهمه عبارة الشرائع و شبهها «۶» من أخذ البائع أربعة، و المشترى واحداً أشدّ ظلماً، كما نبّه عليه فى

---

(۱) انظر الجواهر ۲۵: ۱۴۰.

(۲) الأصحّ فى العبارة أن يقال: «إلى قيمتهما مجتمعتين» كما نبّه عليه بعض المحشّين، انظر هداية الطالب: ۳۱۳.

(۳) كذا فى النسخ، و الظاهر: «فيرجع» كما فى مصحّحة «ن» و «ص».

(۴) كذا فى «ص» و «ش» و نسخة بدل «ن»، و فى سائر النسخ: العشرة.

(۵) فى «ش»: إذا.

(۶) تقدّمت العبارة فى الصفحة: ۵۱۵ ۵۱۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۱۹

بعض حواشى الروضة «۱»، فاللازم أن يقسّط الثمن على قيمة كلٍّ من المِلكين منفرداً و على الهيئة «۲» الاجتماعية، و يُعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفرداً، و يبقى للمشترى بنسبة قيمة ملك «۳» الآخر منفرداً و قيمة هيئة الاجتماع «۴».

قلت: فوات وصف الانضمام كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة ليس مضموناً فى باب المعاوضات و إن كان مضموناً فى باب العدوان، غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة.

و لا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع و ملك غيره متعدّدين «۵» فى الوجود كعبد و جارية، أو متّحداً كعبد ثُلثه للبائع و ثلثاه لغيره، فإنّه لا يوزّع الثمن على قيمة المجموع أثلاثاً؛ لأنّ الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان؛ لكونه أقلّ رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث و قيمة الثلثين و يؤخذ النسبة منهما «۶» ليؤخذ «۷» من الثمن بتلك النسبة.

---

(۱) نبّه عليه سلطان العلماء فى حاشيته على الروضة البهية ذيل قول الشارح: «و إنّما يعتبر قيمتهما»، و حكاه عنه المحقّق الخوانسارى فى حواشيه على الروضة، انظر حاشية سلطان العلماء على الروضة: ۶۵، و حاشية الروضة: ۳۵۹.

(۲) فى غير «ف»: هيئته.

(۳) فى «ص» كتب فوق ملكك: ملكه ظ.

(۴) فى غير «ف»: هيئته الاجتماعية.

(۵) فى مصحّحة «ص»: متعدّداً.

(۶) كذا فى «ش»، و استظهره مصحّح «ص»، و فى «ف»: «بينها»، و فى سائر النسخ: منها.

(۷) فى «ف»: و يؤخذ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۲۰

هذا كلّه فى القيمى. أمّا المبيع المثلى: فإن كانت الحصّة مشاعة قُسّط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلٌّ من حصّتى البائع و الأجنبىّ بما يخصّه، و إن كانت حصّة كلّ منهما معيّنة كان الحكم كما فى القيمى: من ملاحظة قيمتى الحصّتين و تقسيط الثمن على المجموع، فافهم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۲۱

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف ملك «۱» الدار،

فإن علم أنّه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، و إلّا فإن علم أنّه لم يقصد بقوله: «بعتك نصف الدار» إلّا مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حمله على نصفه المملوك له، و حمله على النصف المشاع بينه و بين الأجنبىّ.

و منشأ الاحتمالين: إمّا تعارض ظاهر النصف أعنى الحصّة المشاعة فى مجموع النصفين مع ظهور انصرافه فى مثل المقام من مقامات التصرّف إلى نصفه المختصّ و إن لم يكن له هذا الظهور فى غير «۲» المقام، و لذا يحمل الإقرار على الإشاعة كما سيجىء «۳» أو مع ظهور إنشاء البيع فى البيع لنفسه؛ لأنّ بيع مال الغير لا بدّ فيه: إمّا من نيّة الغير، أو اعتقاد كون المال لنفسه، و إمّا من بنائه على تملّكه للمال

---

(۱) فى «ش»: «تلك». قال الشهيدى قدّس سرّه: إضافة «الملك» إلى «الدار» بيانية، و لو ترك المضاف لكان أولى. (هداية الطالب: ۳۱۳).

(۲) لم ترد «غير» فى «ف».

(۳) يجىء فى الصفحة ۵۲۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۲۲

عدواناً كما فى بيع الغاصب و الكلّ خلاف المفروض هنا.

و ممّا ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه، و بين قول البائع: «بعت غانماً» مع كون الاسم مشتركاً بين عبده و عبد غيره، حيث ادّعى فخر

الدين قدّس سرّه الإجماع على انصرافه إلى عبده، فقاس عليه ما نحن فيه «۱»؛ إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور فى عبد الغير فيبقى «۲» ظهور البيع فى وقوعه لنفس البائع، و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرّف إلى مال المتصرّف، سليمين عن المعارض، فيفسّر بهما «۳» إجمال لفظ المبيع.

ثمّ إنّه لو كان البائع وكيلًا فى بيع النصف أو وليّاً عن مالكه، فهل هو كالأجنبى؟ وجهان، مبنيّان على أنّ المعارض لظهور النصف فى المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع فى مقام التصرّف، أو ظهور التمليك فى الأصالة. الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ ظهور التمليك فى الأصالة من باب الإطلاق، و ظهور النصف فى المشاع و إن كان كذلك أيضاً، إلّا أنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المُطلَق.

و ما ذكره الشهيد الثاني: من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ «۴»، و إن كان مرجعه إلى ظهورٍ واردٍ على ظهور المقيّد، إلّا أنّه مختصّ بالفضولي؛ لأنّ القصد الحقيقي موجود في الوكيل و الوليّ، فالأقوى

---

(۱) الإيضاح ۱: ۴۲۱.

(۲) كذا فى «ف» و «ص»، و فى سائر النسخ: فبقى.

(۳) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن» و «ص»، و فى غيرها: بها.

(۴) المسالك ۳: ۱۵۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۲۳

فيهما «۱» الاشتراك فى البيع «۲»؛ تحكيماً لظاهر النصف، إلّا أن يمنع ظهور «النصف» إلّا فى النصف المشاع فى المجموع، و أمّا ملاحظة حقّى المالكين و إرادة الإشاعة فى الكلّ من حيث إنّه مجموعهما فغير معلومة، بل معلوم «۳» العدم بالفرض.

و من المعلوم: أنّ النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ، فقد ملّك كلّياً يملك مصداقه، فهو كما لو باع كلّياً سلفاً، مع كونه مأذوناً فى بيع ذلك من «۴» غيره أيضاً، لكنّه لم يقصد إلّا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه؛ لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له.

و لعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين «۵» و الشهيدين «۶» و غيرهم «۷»-: أنّه لو أصدق المرأة عيناً، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي و قيمة نصف الموهوب و إن

---

(۱) فى «ف»: فيها.

(۲) فى «ف»: «المنع»، و فى «ش»: المبيع، و استظهره مصحّح «ص» أيضاً.

(۳) كذا فى النسخ، و المناسب: معلومة، كما فى مصحّحة «ص».

(۴) فى سوى «م» و «ش»: عن.

(۵) الشرائع ۲: ۳۳۰، المسألة العاشرة، و لم نعثر عليه فى كتب العلّامة، نعم ذكره فى القواعد ۲: ۴۳ على أحد الاحتمالين.

(۶) اللمعة الدمشقية: ۱۹۷، و الروضة البهية ۵: ۳۶۷، و المسالك ۸: ۲۵۵.

(۷) مثل فخر المحقّقين فى الإيضاح ۳: ۲۳۳، و المحقّق السبزوارى فى الكفاية: ۱۸۲. و السيّد الطباطبائى فى الرياض ۲: ۱۴۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۲۴

ذكروا ذلك احتمالًا «۱» «۲»، و ليس إلّا من جهة صدق «النصف» على الباقي، فيدخل فى قوله تعالى فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ «۳» و إن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنّه لمّا كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مِثْلًا للربع التالف من الزوج، و مساوياً «۴» له من جميع

الجهات، بل لا تغایر بینهما إلّا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القیمهٔ، نظیر ما لو دفع المقترض نفس العین المقترضهٔ مع کونها قیمیّهٔ.

لکنّ الظاهر أنّهم لم یریدوا هذا الوجه، و إنّما «۵» علّلوا استحقاقه للنصف الباقی ببقاء مقدار حقّه، فلا یخلو عن منافاةٍ لهذا المقام.

و نظیره فی ظهور المنافاهٔ لما هنا: ما ذکروه «۶» فی باب الصلح: من أنّه إذا أقرّ من بیده المال لأحد المدّعیین للمال بسببٍ موجبٍ للشرکهٔ کالإرث فصالحه المقرّ له علی ذلک النصف کان النصف مشاعاً فی نصیبهما، فإن أجاز شریکه نفذ فی المجموع و إلّا نفذ فی الربع؛ فإنّ مقتضی ما ذکروه هنا اختصاص المصالح «۷» بنصف المقرّ له؛ لأنّه إن أوقع الصلح علی نصفه الذی أقرّ له به فهو کما لو صالح نصفه قبل الإقرار

(۱) فی «ن»، «م» و «ع»: إجمالًا.

(۲) ذکره العلّامهٔ فی القواعد ۲: ۴۳، و الشهید الثانی فی المسالک ۸: ۲۵۵، و الروضهٔ البهیّهٔ ۵: ۳۶۸.

(۳) البقرهٔ: ۲۳۷.

(۴) فی غیر «ش»: متساویاً.

(۵) فی «ش»: و إنّهم.

(۶) ذکره المحقّق فی الشرائع ۲: ۱۲۲، و العلّامهٔ فی القواعد ۱: ۱۸۶، و راجع لتفصیل الأقوال مفتاح الکرامهٔ ۵: ۴۹۲.

(۷) فی «ص»: «المصالحهٔ»، و کتب فوقه: المصالح خ ل.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۵۲۵

مع غیر المقرّ أو معه، و إن أوقعه علی مطلق النصف المشاع انصرف أیضاً إلی حصّته، فلا وجه لاشتراکه بینه و بین شریکه؛ و لذا اختار سیّد مشایخنا قدّس اللّه أسرارهم اختصاصه بالمقرّ له «۱».

و فصّل فی المسالک بین ما لو وقع الصلح علی نصفه أو مطلق النصف، و بین ما إذا وقع علی النصف الذی أقرّ به ذو الید، فاختار مذهب المشهور فی الثالث؛ لأنّ الإقرار منزّل علی الإشاعهٔ، و حکم بالاختصاص فی الأوّلین؛ لاختصاص النصف وضعاً فی الأوّل و انصرافاً فی الثانی إلی النصف المختصّ «۲».

و اعترضه فی مجمع الفائدهٔ: بأنّ هذا لیس تفصیلًا، بل مورد کلام المشهور هو الثالث؛ لفرضهم المصالحهٔ علی ذلک النصف المقرّ به «۳»، و تمام الکلام فی محلّه.

و علی کلّ حال، فلا إشکال فی أنّ لفظ «النصف» المقرّ به إذا وقع فی کلام المالک للنصف المشاع مجرّداً عن حالٍ أو مقالٍ یقتضی صَرفه إلی نصفه، یحمل علی المشاع فی نصیبه و نصیب شریکه؛ و لهذا أفتوا ظاهراً علی أنّه لو أقرّ أحد الرجلین الشریکین الثابت ید کلٍّ منهما علی نصف العین، بأنّ ثلث العین لفلان، حمل علی الثلث المشاع فی النصیبین، فلو کذّبه الشریک الآخر، دفع المقرّ إلی المقرّ له نصفَ ما فی یده؛ لأنّ

(۱) اختاره السیّد المجاهد فی المناهل: ۳۵۸.

(۲) المسالک ۴: ۲۷۲.

دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)؛ ج‌٣، ص: ٥٢٥

(٣) راجع مجمع الفائدة ٩: ٣٤٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ٥٢٦

المنكر بزعم المقرّ ظالم للسدس بتصرّفه فى النصف؛ لأنّه باعتقاده إنّما يستحقّ الثلث، فالسدس الفاضل فى يد المنكر نسبته إلى المقرّ و المقرّ له على حدّ سواء؛ فإنّه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزّع «١» على الاستحقاق.

و دعوى: أنّ مقتضى الإشاعة تنزيل المقرّ به على ما فى يد كلٍّ منهما، فيكون فى يد المقرّ سدس، و فى يد المنكر سدس، كما لو صرّح بذلك، و قال: «إنّ له فى يد كلٍّ منهما «٢» سدساً»، و إقراره بالنسبة إلى ما فى يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلّا أن يدفع إليه ثلث ما فى يده، و هو السدس المقرّ به، و قد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر.

مدفوعة: بأنّ ما فى يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقرّ شخص بنصف كلٍّ من داره و دار غيره، بل هو «٣» مقدار حصّته المشاعة، كحصّة المقرّ و حصّة المقرّ له بزعم المقرّ، إلّا أنّه لمّا لم يجبر المكذّب على دفع شى‌ء ممّا فى يده فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقرّ و المقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلّا على احتمالٍ ضعيف، و هو تعلّق الغصب بالمشاع و صحّة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمحّض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه و ما يأخذه

---

(١) فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «فوزّع»، لكن صحّح فى «خ» و «ع» بما أثبتناه.

(٢) فى هامش «ن»: الظاهر: منّا، بدل منهما.

(٣) فى «ش»: و هو.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ٥٢٧

الشريك لنفسه، لكنّه احتمال مضعّف فى محلّه و إن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى «١» للحرج أو السيرة.

نعم، يمكن أن يقال «٢»: بأنّ التلف فى هذا المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحقّ المقرّ له باعتقاد المقرّ، و الشارع إنّما أذن له فى أخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقرّ له، فالشارع إنّما حسب السدس فى يد المنكر على المقرّ له، فلا يحسب منه على المقرّ شى‌ء، و ليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتّى يحسب على كلا الشريكين.

و الحاصل: أنّ أخذ الجزء لمّا «٣» كان بإذن الشارع و إنّما «٤» أذن له على أن يكون من مال المقرّ له؛ و لعلّه لذا ذكر الأكثر بل نسبه فى الإيضاح إلى الأصحاب فى مسألة الإقرار بالنسب: أنّ أحد الأخوين إذا أقرّ بثالث، دفع إليه الزائد عمّا يستحقّه باعتقاده، و هو الثلث، و لا يدفع إليه نصف ما فى يده؛ نظراً إلى أنّه أقرّ بتساويهما فى مال المورّث، فكلّ ما حصل كان لهما، و كلّ ما توى «٥» كان كذلك «٦».

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) فى غير «ش» زيادة: فى هذا المقام.

(٣) لم ترد «لمّا» فى «ش»، و شطب عليها فى «ص»، و الظاهر زيادتها؛ لعدم وجود جواب لها فى العبارة.

(٤) فى مصحّحة «ن»: فإنّما.

(٥) أى: هلك و تلف.

(٦) إيضاح الفوائد ٢: ٤٦٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌٣، ص: ٥٢٨

هذا، و لكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال؛ من جهة أنّ الشارع ألزم بمقتضى الإقرار معاملة المقرّ مع المقرّ له بما يقتضيه الواقع الذى أقرّ به، و من المعلوم: أنّ مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقرّ هو كون ما فى يده على حسب إقراره بالمناصفة، و أمّا المنكر «۱» عالماً، فيكون ما فى يده مالًا مشتركاً لا يحلّ له منه إلّا ما قابل حقّه «۲» ممّا «۳» فى يدهما، و الزائد حقّ لهما عليه.

و أمّا مسألة الإقرار بالنسب، فالمشهور و إن صاروا إلى ما ذكر، و حكاه الكلينى عن الفضل بن شاذان «۴» على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته «۵»، إلّا أنّه صرّح جماعة ممّن تأخّر عنهم «۶» بمخالفته للقاعدة حتّى قوّى فى المسالك الحمل على الإشاعة «۷»، و تبعه سبطه «۸» و سيّد الرياض «۹» فى شرحى «۱۰» النافع.

---

(۱) فى مصحّحة «ص» زيادة: فإن كان.

(۲) فى «ش» و مصحّحة «ن»: حصّته.

(۳) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: عمّا.

(۴) حكاه الشيخ الكلينى فى الكافى ۷: ۱۶۶، فى باب الإقرار بوارث آخر.

(۵) فى غير «ش»: كرواية، لكن صحّحت فى أكثرها بما أثبتناه.

(۶) منهم المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ۹: ۳۵۶، و المحقّق الخراسانى فى الكفاية: ۲۳۲.

(۷) المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۱۴۵.

(۸) لا يوجد لدينا ما يتعلّق بهذا المبحث من نهاية المرام.

(۹) الرياض ۲: ۲۴۶.

(۱۰) فى «ف»: شرح.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۵۲۹

و الظاهر: أنّ مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث، كالفضل و الكلينى، بل و غيرهما.

فروى الصدوق مرسلًا و الشيخ مسنداً عن أبى البخترى وهب ابن وهب «۱»، عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل مات و ترك ورثة فأقرّ أحد الورثة بدين على أبيه-: أنّه يلزم ذلك فى حصّته «۲» بقدر ما ورث، و لا يكون ذلك فى ماله كلّه، و «۳» إن أقرّ اثنان من الورثة و كانا عدلين أُجيز ذلك على الورثة «۴»، و إن لم يكونا عدلين أُلزما فى حصّتهما «۵» بقدر ما ورثا «۶»، و كذلك إن أقرّ أحد الورثة بأخٍ أو أُخت فإنّما «۷» يلزمه ذلك فى حصّته.

و بالإسناد، قال: «قال على عليه السلام: من أقرّ لأخيه فهو شريك فى المال، و لا يثبت نسبه، فإن أقرّ اثنان فكذلك، إلّا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه و يضرب فى الميراث معهم» «۸».

---

(۱) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: عن وهب بن وهب أبى البخترى.

(۲) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: حقّه.

(۳) فى غير «ف» و «ش» زيادة: كذلك، و شطب عليها فى «ن».

(۴) عبارة «أُجيز ذلك على الورثة» لم ترد فى غير «ش»، لكنّها استدركت فى هامش «ن»، «خ» و «ص».

(۵) فى «ف»، «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: حقّهما.

(۶) عبارة «بقدر ما ورثا» وردت فى «ش» فقط.

(۷) كلمة «فإنّما» من «ش» و مصحّحة «ن».

(٨) الفقيه ٣: ١٨٩، الحديث ٣٧١۴، و التهذيب ۶: ١٩٨ ١٩٩، الحديث ۴۴٢، و عنهما الوسائل ١٣: ۴٠٢، الباب ٢۶ من أبواب الوصايا، الحديث ۵ و ۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٣٠

و عن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندى بن محمّد «١»، و تمام الكلام فى محلّه من كتاب الإقرار أو الميراث «٢» إن شاء اللّه.

---

(١) قرب الإسناد: ۵٢، الحديث ١٧١.

(٢) فى «ش»: و الميراث.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٣١

مسألة لو باع ما يقبل التملّك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقةً بثمنٍ واحد، صحّ فى المملوك عندنا،

كما فى جامع المقاصد «١»، و إجماعاً، كما عن الغنية «٢»، و يدلّ عليه: إطلاق مكاتبة الصفّار المتقدّمة «٣».

و دعوى: انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير، ممنوعة، بل لا مانع من جريان قاعدة الصحّة، بل اللزوم فى العقود، عدا ما يقال: من أنّ التراضى و التعاقد إنّما وقع على المجموع الذى لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء فى البعض مع عدم كونه مقصوداً إلّا فى ضمن المركّب يحتاج إلى دليلٍ آخر غير ما دلّ على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراضٍ؛ و لذا حكموا بفساد العقد

---

(١) لم نقف عليه صريحاً، و لعلّه يستفاد ممّا قاله فى مسألة ما لو باع المملوك و غير المملوك، حيث قال: فلا سبيل إلى القول بالبطلان فى الأخير عندنا. انظر جامع المقاصد ۴: ۴٣٢.

(٢) الغنية: ٢٠٩.

(٣) تقدّمت فى الصفحة ٣۶۵ و ۵١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٣٢

بفساد شرطه، و قد نبّه عليه فى جامع المقاصد فى باب فساد الشرط، و ذكر: أنّ فى الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسراً «١»، و تمام الكلام فى باب الشروط، و يكفى هنا الفرق بالنصّ «٢» و الإجماع.

نعم، ربما يقيّد الحكم بصورة جهل المشترى، لما ذكره فى المسالك وفاقاً للمحكيّ فى التذكرة عن الشافعى-: من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع «٣»، قال فى التذكرة بعد ذلك: و ليس عندى بعيداً من «۴» الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشترى حرّيّة «۵» الآخر، أو كونه ممّا لا ينقل إليه «۶»، انتهى.

و يمكن دفعه بأنّ اللازم هو العلم بثمن المجموع الذى قصد إلى نقله عرفاً و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له، فإنّ هذا العلم غير منافٍ لقصد النقل «٧» حقيقة، فبيع الغرر المتعلّق لنهى الشارع و حكمه عليه بالفساد، هو ما كان غرراً فى نفسه مع قطع النظر عمّا يحكم عليه من «٨» الشارع، مع أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى

---

(١) جامع المقاصد ۴: ۴٣٢.

(٢) المراد به ظاهراً مكاتبة الصفّار المشار إليها آنفاً.

(٣) المسالك ٣: ١۶٣.

(۴) فی «ف»: عن.

(۵) فی «ش»: حرمة.

(۶) التذکرة ۱: ۵۶۵، و راجع قول الشافعی فی المجموع ۹: ۴۶۹ و ۴۷۳.

(۷) فی «ف» و نسختی بدل «ن» و «ش»: البیع.

(۸) فی «م» و «ش»: عن.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۳۳

المملوک، لا ـ البطلان؛ لأنّ المشتری القادم علی ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم علی ضمان المملوک وحده بالثمن، کما صرّح به الشهید فی محکیّ الحواشی المنسوبة إلیه، حیث قال: إنّ هذا الحکم مقیّد بجهل المشتری بعین المبیع أو حکمه «۱» و إلّا لکان البذل بإزاء المملوک؛ ضرورة أنّ القصد إلی الممتنع کلا قصد «۲»، انتهی.

لکن ما ذکره قدّس سرّه مخالف لظاهر المشهور، حیث حکموا بالتقسیط و إن کان مناسباً لما ذکروه فی بیع مال الغیر من العالم: من عدم رجوعه بالثمن إلی البائع؛ لأنّه سلّطه علیه مجّاناً، فإنّ مقتضی ذلک عدم رجوع المشتری بقسط غیر المملوک، إمّا لوقوع المجموع فی مقابل المملوک کما عرفت من الحواشی و إمّا لبقاء ذلک القسط له مجّاناً کما قد یلوح من جامع المقاصد «۳» و المسالک «۴» إلّا أنّک قد عرفت أنّ الحکم هناک «۵» لا یکاد ینطبق علی القواعد.

ثمّ إنّ طریق تقسیط الثمن علی المملوک و غیره یعرف ممّا تقدّم فی بیع ماله مع «۶» مال الغیر «۷»: من أنّ العبرة بتقویم کلّ منهما منفرداً،

---

(۱) لم ترد «أو حکمه» فی «ف» و «ش»، و شطب علیها فی «ن».

(۲) حکاه عنه السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۴: ۲۰۹ ۲۱۰.

(۳) انظر جامع المقاصد ۴: ۸۲ ۸۳.

(۴) انظر المسالک ۳: ۱۶۴.

(۵) فی «ف»: هنا.

(۶) فی «ن»، «خ»، «م» و «ع» بدل «مع»: من.

(۷) فی «ف» بدل «الغیر»: غیره.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۳۴

و نسبة قیمة المملوک إلی مجموع القیمتین.

لکنّ الکلام هنا فی طریق معرفة قیمة غیر المملوک، و قد ذکروا «۱»: أنّ الحرّ یُفرض عبداً بصفاته و یقوّم، و الخمر و الخنزیر «۲» یقوّمان بقیمتهما عند من یراهما مالًا، و یعرف تلک القیمة بشهادة عدلین مطّلعین علی ذلک؛ لکونهما مسبوقین بالکفر أو مجاورین للکفّار.

و یشکل تقویم الخمر و الخنزیر بقیمتهما إذا باع الخنزیر بعنوان أنّها «۳» شاة. و الخمر بعنوان أنّها خلّ فبان الخلاف، بل جزم بعضٌ هنا بوجوب تقویمهما قیمة الخلّ و الشاة، کالحرّ «۴».

---

(۱) راجع جامع المقاصد ۴: ۸۳، و المسالک ۳: ۱۶۳، و مجمع الفائدة ۸: ۱۶۳، و مفتاح الکرامة ۴: ۲۱۰، و الجواهر ۲۲: ۳۲۱.

(۲) فی «ف»: أو الخنزیر.

(٣) فى مصحّحة «ص»: أنّه.

(۴) لم ترد «كالحرّ» فى «ف» و «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۳۵

مسألة [فى ولاية الأب و الجدّ]

«۱» يجوز للأب و الجدّ أن يتصرّفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء.

و يدلّ عليه قبل الإجماع-: الأخبار المستفيضة المصرِّحة فى موارد كثيرة «۲»، و فحوى سلطنتهما على بُضْع البنت فى باب النكاح «۳».

و المشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل، و الإطلاقات، و فحوى الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق فى التزويج «۴».

خلافاً للمحكىّ عن الوسيلة «۵» و الإيضاح «۶» فاعتبراها فيهما؛

---

(۱) العنوان منّا.

(۲) منها ما فى الوسائل ۱۲: ۱۹۴ و ۱۹۸، الباب ۷۸ و ۷۹ من أبواب ما يكتسب به.

(۳) راجع الوسائل ۱۴: ۲۰۷ و ۲۱۷، الباب ۶ و ۱۱ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

(۴) التذكرة ۲: ۵۹۹، و حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۵: ۲۵۷.

(۵) لم نعثر عليه فى الوسيلة، و لا على من حكى عنه، نعم اشترط فى تصرّف الولىّ كونه ثقة و فى الوصىّ أن يكون عادلًا. راجع الوسيلة: ۲۷۹، ۳۷۳.

(۶) إيضاح الفوائد ۲: ۶۲۸.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۳۶

مستدلًا فى الأخير: بأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يصرف عن ماله، و يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته «۱» و إخباراته عن «۲» غيره مع نصّ القرآن على خلافه، انتهى «۳».

و لعلّه أراد بنصّ القرآن آية الركون إلى الظالم «۴» التى أشار إليها فى جامع المقاصد «۵»، و فى دلالة الآية نظر.

و أضعف منها ما ذكره فى الإيضاح من الاستحالة؛ إذ المحذور يندفع كما فى جامع المقاصد-: بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال «۶» حال «۷» الطفل عزله و منعه من التصرّف فى ماله و إثبات اليد عليه، و إن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة، و إن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله «۸»، انتهى.

و هل يشترط فى تصرّفه «۹» المصلحة، أو يكفى عدم المفسدة،

---

(۱) فى «ن»، «م»، «ع» و «ص» زيادة: «عن غيره»، لكن شطب عليها فى «ن».

(۲) فى المصدر: على.

(۳) لم ترد «انتهى» فى «م»، «ن» و «ص».

(۴) هود: ۱۱۳.

(۵) جامع المقاصد ۱۱: ۲۷۵.

(۶) كذا فى «ف» و «ص» و نسخة بدل «ن»، و فى سائر النسخ و نسخة بدل «ص»: اختلاف.

(۷) فى «ش» زيادة: أبو.

(٨) جامع المقاصد ١١: ٢٧۶، مع تفاوت فى بعض الكلمات.

(٩) فى «ف»: «تصرّفها»، و لعلّه مصحّف «تصرّفهما» و هذا هو الأصحّ؛ لرجوع الضمير إلى الأب و الجدّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٣٧

أم لا يعتبر شيء؟ وجوه، يشهد للأخير: إطلاق ما دلّ على أنّ مال الولد للوالد، كما فى رواية سعد بن يسار «١»، و أنّه و ماله لأبيه، كما فى النبويّ المشهور «٢»، و صحيحة ابن مسلم: «أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء» «٣»، و ما فى العلل عن «۴» محمد بن سنان عن الرضا صلوات اللّه عليه: من أنّ علّة تحليل مال الولد لوالده؛ أنّ الولد موهوب للوالد فى قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ إِنٰاثاً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ الذُّكُورَ «۵». و يؤيّده أخبار «۶» جواز تقويم جارية الابن على نفسه.

لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب، كما يشهد له قوله عليه السلام فى رواية الحسين بن أبى العلاء، قال: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه. قال: فقلت له: فقول «٧» رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله للرجل

---

(١) الوسائل ١٢: ١٩۶، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۴.

(٢) الوسائل ١٢: ١٩۵، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٢.

(٣) الوسائل ١٢: ١٩۵، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

(۴) فى غير «ش»: و ما فى علل محمد بن سنان.

(۵) علل الشرائع: ۵٢۴، الباب ٣٠٢، و عنه الوسائل ١٢: ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩، و الآية من سورة الشورى: ۴٩.

(۶) راجع الوسائل ١٢: ١٩۵، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣، و ١٩٨، الباب ٧٩ من الأبواب، الحديث ١ و ٢، و ١۴: ۵۴٣، الباب ۴٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الأحاديث ١، ٣ و ۴.

(٧) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: قول.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٣٨

الذى أتاه فقدّم أباه، فقال له: أنت و مالك لأبيك؟ فقال: إنّما جاء بأبيه إلى النبيّ صلّى اللّه عليه و آله، فقال: يا رسول اللّه هذا أبى و قد «١» ظلمنى ميراثى من أُمّى، فأخبره الأب أنّه قد أنفقه عليه و على نفسه، فقال «٢» صلّى اللّه عليه و آله: أنت و مالك لأبيك. و لم يكن عند الرجل شيء، أ فكان «٣» رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله يحبس الأب للابن؟!» «۴».

و نحوها صحيحة أبى حمزة الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله لرجل «۵»: أنت و مالك لأبيك، ثمّ قال: لا نحبّ «۶» أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه؛ إنَّ اللّٰهَ لٰا يُحِبُّ الْفَسٰادَ» «٧».

فإنّ الاستشهاد بالآية يدلّ على إرادة الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة، و أنّه لا يجوز له التصرّف بما فيه مفسدة للطفل.

هذا كلّه، مضافاً إلى عموم قوله تعالى وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْيَتِيمِ إِلّٰا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ* «٨» فإنّ إطلاقه يشمل الجدّ، و يتمّ فى الأب «٩» بعدم الفصل.

---

(١) كلمة «و قد» من «ص» و المصدر.

(٢) فى غير «ف»: فقال النبيّ.

(٣) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: أو كان.

(۴) الوسائل ۱۲: ۱۹۶ ۱۹۷، الباب ۷۸ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

(۵) كلمة «لرجل» من «ص» و المصدر.

(۶) فى «ص»: «ما أُحبّ»، و فى نسخة بدلها: لا نحبّ.

(۷) الوسائل ۱۲: ۱۹۵، الباب ۷۸ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۲، و الآية من سورة البقرة: ۲۰۵.

(۸) الأنعام: ۱۵۲، و الإسراء: ۳۴.

(۹) فى «ف» و مصحّحة «ن»: و فى الأب يتمّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۳۹

و مضافاً إلى ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسدة، بل فى مفتاح الكرامة «۱» استظهر الإجماع تبعاً لشيخه فى شرح القواعد «۲» على إناطة جواز تصرّف الولىّ بالمصلحة، و ليس ببعيد؛ فقد صرّح به فى محكىّ المبسوط، حيث قال: و من يلى أمر الصغير و المجنون خمسة: الأب، و الجدّ «۳»، و وصىّ الأب و الجدّ، و الحاكم، و من يأمره، ثمّ قال: و كلّ هؤلاء الخمسة لا يصحّ تصرّفهم إلّا على وجه الاحتياط و الحظّ للصغير؛ لأنّهم إنّما نُصبوا لذلك، فإذا تصرّف فيه على وجهٍ لا حظّ فيه كان باطلًا؛ لأنّه خلاف ما نصب له «۴»، انتهى.

و قال الحلىّ فى السرائر: لا يجوز للولىّ التصرّف فى مال الطفل إلّا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرّف فيه، و هذا الذى يقتضيه أُصول المذهب «۵»، انتهى.

و قد صرّح بذلك أيضاً المحقّق «۶» و العلّامة «۷» و الشهيدان «۸» و المحقّق

---

(۱) مفتاح الكرامة ۴: ۲۱۷، و فيه: و هذا الحكم إجماعى على الظاهر.

(۲) حاشية القواعد (مخطوط): الورقة ۷۱ ذيل قول العلّامة: مع المصلحة للمولّى عليه و فيه: و ظاهرهم الإجماع على ذلك.

(۳) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ زيادة: للأب.

(۴) المبسوط ۲: ۲۰۰.

(۵) السرائر ۱: ۴۴۱.

(۶) انظر الشرائع ۲: ۷۸ ۷۹ و ۱۷۱.

(۷) القواعد ۱: ۱۲۵، و الإرشاد ۱: ۳۶۰.

(۸) انظر اللمعة الدمشقية: ۱۳۸، و الدروس ۳: ۳۱۸ و ۴۰۳، و المسالك ۳: ۱۶۶، و ۴: ۳۳ و ۳۵، و ۵: ۱۳۶.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۴۰

الثانى «۱» و غيرهم «۲»، بل فى شرح الروضة للفاضل الهندى: أنّ المتقدّمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء «۳». و استظهر فى مفتاح الكرامة «۴» من عبارة التذكرة فى باب الحجر نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين «۵».

و قد حكى عن الشهيد فى حواشى القواعد: أنّ قطب الدين قدّس سرّه نقل عن العلّامة قدّس سرّه: أنّه لو باع الولىّ بدون ثمن المثل، لِمَ لا يُنزَّل منزلة الإتلاف بالاقتراض؟ لأنّا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إتلافه، قال: و توقّف زاعماً أنّه لا يقدر على مخالفة الأصحاب «۶».

هذا، و لكن الأقوى كفاية عدم المفسدة، وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم «۷»؛ لمنع دلالة الروايات «۸» على أكثر من

---

(۱) انظر جامع المقاصد ۴: ۸۷، و ۵: ۷۲.

(۲) مثل المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائدة ۴: ۱۴، و ۶: ۷۷، و المحقّق السبزوارى فى الكفاية: ۸۹، ۱۰۸ و ۲۲۰.

(٣) المناهج السويّة (مخطوط): ۶، فى ذيل قول الشارح: و كذا لو اتجر الولى أو مأذونه للطفل.

(۴) مفتاح الكرامة ۵: ٢۶٠.

(۵) انظر التذكرة ٢: ٨٠.

(۶) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ٢١٧.

(٧) منهم كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): ٧١، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٣٣٢ و ٢٨: ٢٩٧، و غيرهما.

(٨) تقدّم تخريجها فى الصفحة ۵٣۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵۴١

النهى عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدّمة «١» الظاهرة فى سلطنة الوالد على الولد و ماله.

و أمّا الآية الشريفة «٢»، فلو سلّم دلالتها، فهى مخصّصة بما دلّ على ولاية الجدّ و سلطنته، الظاهرة فى أنّ له أن يتصرّف فى مال طفله «٣» بما ليس فيه «۴» مفسدة له؛ فإنّ ما دلّ على ولاية الجدّ فى النكاح معلّلًا بأنّ البنت و أباها للجدّ «۵»، و قوله صلّى اللّه عليه و آله: «أنت و مالك لأبيك» «۶»، خصوصاً مع استشهاد الإمام عليه السلام به فى مضىّ نكاح الجدّ بدون إذن الأب؛ ردّاً على من أنكر ذلك و حكم ببطلان ذلك من العامّة فى مجلس بعض الأُمراء «٧» و غير ذلك «٨» يدلّ على ذلك.

مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص، وجب الاقتصار عليه فى حكم الجدّ، دون الأب.

---

(١) تقدّمت فى الصفحة ۵٣٧.

(٢) و هى قوله تعالى «وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْيَتِيمِ إِلّٰا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»* الإسراء: ٣۴.

(٣) فى «ن»، «م» و «ص»: «طفل»، و فى الأخير كتب فوقه: الطفل ظ.

(۴) فى «ف» بدل «فيه»: له.

(۵) الوسائل ١۴: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٨.

(۶) الوسائل ١٢: ١٩۵ ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الأحاديث ١، ٢، ٨ و ٩.

(٧) الوسائل ١۴: ٢١٨، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ۵.

(٨) كما فى الأحاديث المتقدّمة آنفاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵۴٢

و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعة؛ فقد حكى عن بعض متأخّرى المتأخّرين القول بالفصل بينهما فى الاقتراض مع عدم اليسر «١».

ثمّ لا ـ خلاف ظاهراً كما ادّعى «٢» فى أنّ الجدّ و إن علا يشارك الأب فى الحكم، و يدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص و ماله الذى منه مال ابنه لأبيه «٣»، و ما دلّ «۴» على أنّ الولد و والده لجدّه «۵».

و لو فُقد الأب و بقى الجدّ، فهل أبوه أو «۶» جدّه يقوم مقامه فى المشاركة أو يخصّ هو بالولاية؟ قولان: من ظاهر أنّ الولد و والده لجدّه، و هو المحكى عن ظاهر جماعة «٧»، و من أنّ مقتضى قوله تعالى وَ أُولُوا الْأَرْحٰامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ* «٨» كون القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفى «٩» ولاية البعيد خرج «١٠» منه الجدّ مع الأب و بقى الباقى.

و ليس المراد من لفظ «الأولى» التفضيل مع الاشتراك فى المبدأ،

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) انظر المناهل: ١٠۵، و الجواهر ٢۶: ١٠٢.

(۳) کما تقدّم آنفاً.

(۴) لم ترد «و ما دلّ» فی غیر «ف» و «ش»، لکنّه استدرک فی «ن» و «ص».

(۵) مثل ما تقدّم فی الصفحة السابقة.

(۶) فی «ع» و «ش» بدل «أو»: «و».

(۷) حکاه السیّد المجاهد فی المناهل: ۱۰۵، و فیه: و یظهر الأوّل من إطلاق الشرائع و النافع.

(۸) الأنفال: ۷۵، و الأحزاب: ۶.

(۹) فی «ص»: فینفی.

(۱۰) فی غیر «ف»: و خرج.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۴۳

بل هو نظیر قولک: «هو أحقّ بالأمر «۱» من فلان» و نحوه، و هذا محکیّ «۲» عن جامع المقاصد «۳» و المسالک «۴» و الکفایة «۵»، و للمسألة مواضع أُخر «۶» تأتی إن شاء اللّه.

---

(۱) کذا فی «ف» و «ش»، و فی سائر النسخ: بالأجر.

(۲) حکاه السیّد المجاهد فی المناهل: ۱۰۵.

(۳) لم نقف علیه بعینه، نعم فی جامع المقاصد ۵: ۱۸۷ هکذا: و هل یکون للجدّ الأعلی مع وجود الأولی ولایة؟ فیه نظر.

(۴) المسالک ۷: ۱۷۱.

(۵) لم نعثر علیه فی الکفایة.

(۶) مثل کتاب النکاح و کتاب الحجر.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۴۵

مسألة [فی ولایة الفقیه]

اشارة

«۱» من جملة أولیاء التصرّف فی مال من لا یستقلّ بالتصرّف فی ماله: الحاکم، و المراد منه: الفقیه الجامع لشرائط الفتوی، و قد رأینا هنا «۲» ذکر مناصب الفقیه، امتثالًا لأمر أکثر حُضّار مجلس المذاکرة، فنقول مستعیناً باللّه

للفقیه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة:

أحدها: الإفتاء فیما یحتاج إلیها العامی فی عمله،

و مورده المسائل الفرعیة، و الموضوعات الاستنباطیة من حیث ترتّب حکمٍ فرعیٍّ علیها. و لا إشکال و لا خلاف فی ثبوت هذا المنصب للفقیه، إلّا ممّن لا یری جواز التقلید للعامی.

و تفصیل الکلام فی هذا المقام موکول إلی مباحث الاجتهاد و التقلید.

الثانی: الحکومة،

فله الحكم بما يراه حقّا فى المرافعات و غيرها فى الجملة. و هذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوًى و نصّاً، و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به و المحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

---

(١) العنوان منّا.

(٢) لم ترد «هنا» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٥٤۶

الثالث: ولاية التصرّف فى الأموال و الأنفس،

اشارة

و هو المقصود بالتفصيل هنا،

فنقول: الولاية تتصوّر على وجهين:

الأوّل: استقلال الولى بالتصرّف مع قطع النظر عن كون تصرّف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوطٍ به،

و مرجع هذا إلى كون نظره سبباً فى جواز تصرّفه.

الثانى: عدم استقلال غيره بالتصرّف، و كون تصرّف الغير منوطاً بإذنه و إن لم يكن هو مستقلا بالتصرّف،

و مرجع هذا إلى كون نظره شرطاً فى جواز تصرّف غيره. و بين موارد الوجهين عموم من وجه.

ثمّ إذنه المعتبر فى تصرّف الغير:

إمّا أن يكون على وجه الاستنابة، كوكيل الحاكم.

و إمّا أن يكون على وجه التفويض و التولية، كمتولّى الأوقاف من قِبَل الحاكم.

و إمّا أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره فى الصلاة على ميّتٍ لا ولىّ له.

[ثبوت الولاية بالمعنى الأول للنبى و الأئمة عليهم السلام]

اشارة

إذا عرفت هذا، فنقول: مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشىء «١» من الوجوه «٢» المذكورة، خرجنا عن هذا الأصل فى خصوص النبىّ و الأئمة صلوات اللّه عليهم أجمعين بالأدلّة الأربعة،

[الاستدلال بالكتاب]

قال اللّه تعالى النَّبِيُّ أَوْلىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ

---

(١) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: «لأخذ شيء»، لكن صحّحت العبارة فى بعضها بما أثبتناه، و فى بعضها الآخر ورد ما أثبتناه فى الهامش، و صحّحها مصحّح «ص» هكذا: لأحد على أحد فى شيء.

(۲) فی «ش»: الأمور.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۴۷

مِنْ أَنْفُسِهِمْ «۱»، و ما کانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لا مُؤْمِنَةٍ إِذا قَضَی اللّهُ وَ رَسُولُهُ أَمْراً أَنْ یَکُونَ لَهُمُ الْخِیَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ «۲»، فَلْیَحْذَرِ الَّذِینَ یُخالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِیبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ یُصِیبَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ «۳»، و أَطِیعُوا اللّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ «۴»، و إِنَّما وَلِیُّکُمُ اللّهُ وَ رَسُولُهُ .. الآیة «۵»، إلی غیر ذلک.

[الاستدلال بالروایات]

و قال النبیّ صلّی اللّه علیه و آله کما فی روایة أیوب بن عطیة-: «أنا أولی بکلّ مؤمن من نفسه» «۶»، و قال فی یوم غدیر خم: «أ لست أولی بکم من أنفسکم؟ قالوا: بلی. قال: من کنت مولاه فهذا علیّ مولاه» «۷».

و الأخبار فی افتراض طاعتهم و کون معصیتهم کمعصیة اللّه کثیرة، یکفی فی ذلک منها مقبولة عمر بن حنظلة «۸»، و مشهورة أبی خدیجة «۹»، و التوقیع الآتی «۱۰»، حیث علّل فیها حکومة الفقیه و تسلّطه علی الناس: بأنی قد جعلته کذلک، و أنّه حجّتی علیکم.

---

(۱) الأحزاب: ۶.

(۲) الأحزاب: ۳۶.

(۳) النور: ۶۳.

(۴) النساء: ۵۹.

(۵) المائدة: ۵۵.

(۶) الوسائل ۱۷: ۵۵۱، الباب ۳ من أبواب ولاء ضمان الجریرة و الإمامة، الحدیث ۱۴.

(۷) الحدیث من المتواترات بین الخاصّة و العامّة، انظر کتاب الغدیر ۱: ۱۴ ۱۵۸.

(۸) الوسائل ۱۸: ۹۸ ۹۹، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث الأوّل.

(۹) الوسائل ۱۸: ۱۰۰، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۶.

(۱۰) الآتی فی الصفحة ۵۵۵.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۴۸

[الاستدلال بالإجماع و العقل]

و أمّا الإجماع فغیر خفیّ.

و أمّا العقل القطعی، فالمستقلّ منه حکمه بوجوب شکر المنعم بعد معرفة أنّهم أولیاء النعم، و الغیر المستقلّ حکمه بأنّ الأُبوّة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب علی الابن فی الجملة، کانت الإمامة مقتضیة لوجوب طاعة الإمام علی الرعیّة بطریق أولی؛ لأنّ الحقّ هنا أعظم بمراتب، فتأمّل.

و المقصود من جمیع ذلک: دفع ما یتوهّم من أنّ وجوب طاعة الإمام مختصّ بالأوامر الشرعیّة، و أنّه لا دلیل علی وجوب إطاعته «۱» فی أوامره العرفیّة أو سلطنته علی الأموال و الأنفس.

و بالجملة، فالمستفاد من الأدلّة الأربعة بعد التتبع و التأمّل: أنّ للإمام علیه السلام سلطنة مطلقة علی الرعیّة من قبل اللّه تعالی، و أنّ تصرّفهم نافذ علی الرعیّة ماضٍ مطلقاً.

هذا کلّه فی ولایتهم بالمعنی الأوّل.

[الاستدلال بالروایات بالمعنی الثانی و الاستدلال علیه]

و أمّا بالمعنی الثانی أعنی اشتراط تصرّف الغیر بإذنهم فهو و إن کان مخالفاً للأصل، إلّا أنّه قد ورد أخبار خاصّة بوجوب الرجوع إلیهم «۲»، و عدم جواز الاستقلال لغیرهم بالنسبة إلی المصالح المطلوبة للشارع الغیر المأخوذة علی شخص معیّن من الرعیّة، کالحدود و التعزیرات، و التصرّف فی أموال القاصرین، و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق، و نحو ذلک.

---

(۱) فی «ش»: طاعته.

(۲) انظر الکافی ۱: ۱۸۵، باب فرض طاعة الأئمة، و ۲۱۰، باب أنّ أهل الذکر الذین أمر اللّه الخلق بسؤالهم هم الأئمة، و البحار ۲۳: ۱۷۲، الباب ۹ من کتاب الإمامة، و ۲۸۳، و کذا الباب ۱۷ منه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۴۹

و یکفی فی ذلک ما دلّ علی أنّهم أُولو الأمر و ولاته «۱»؛ فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفاً: من یجب الرجوع إلیه فی الأُمور العامّة التی لم تحمل فی الشرع علی شخص خاصّ.

و کذا ما دلّ علی وجوب الرجوع فی الوقائع الحادثة إلی رواة الحدیث معلّلا ب «أنّهم حجّتی علیکم و أنا حجّة اللّه» «۲»؛ فإنّه دلّ علی أنّ الإمام هو المرجع الأصلی.

و ما عن العلل بسنده إلی الفضل بن شاذان عن مولانا أبی الحسن الرضا علیه السلام فی علل حاجة الناس إلی الإمام علیه السلام، حیث قال بعد ذکر جملة من العلل-: «و منها: أنّا لا نجد فرقة من الفِرَق، و لا ملّة من الملل عاشوا و بقوا «۳» إلّا بقیّم و رئیس؛ لما لا بدّ لهم منه فی «۴» أمر الدین و الدنیا، فلم یجز فی حکمة الحکیم أن یترک الخلق بما یعلم «۵» أنّه «۶» لا بدّ لهم منه «۷» و لا قوام لهم إلّا به» «۸».

---

(۱) راجع الکافی ۱: ۲۰۵، باب أنّ الأئمة علیهم السلام ولاة الأمر، و البحار ۲۳: ۲۸۳، الباب ۱۷ من کتاب الإمامة.

(۲) کما فی التوقیع الآتی فی الصفحة ۵۵۵.

(۳) فی «ف»: «عاشوا و لا بقوا»، و فی «ش» و المصدر: بقوا و عاشوا.

(۴) کذا فی «ش» و المصدر، و فی سائر النسخ: لما لا بدّ لهم من أمر.

(۵) فی «ف» و «خ» و نسخة بدل «ع»: «و هو یعلم»، و فی المصدر: «ممّا یعلم»، و فی مصحّحة «ص»: بلا رئیس و هو یعلم.

(۶) فی «ف»: أنّهم.

(۷) لم ترد «منه» فی غیر «ش».

(۸) علل الشرائع: ۲۵۳، الباب ۱۸۲، ذیل الحدیث ۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۵۰

هذا، مضافاً إلی ما ورد فی خصوص الحدود و التعزیرات و الحکومات، و أنّها لإمام المسلمین «۱»، و فی الصلاة علی الجنائز من: أنّ سلطان اللّه أحقّ بها من کلّ أحد «۲»، و غیر ذلک ممّا یعثر علیه المتتبّع.

و کیف کان، فلا إشکال فی عدم جواز التصرّف فی کثیرٍ من الأُمور العامّة بدون إذنهم و رضاهم، لکن لا عموم یقتضی أصالة توقّف کلّ تصرّفٍ علی الإذن.

نعم، الأمور التی یرجع فیها کلّ قوم إلی رئیسهم، لا یبعد الاطّراد فیها بمقتضی کونهم اولی الأمر و ولاته و المرجع الأصلی فی الحوادث الواقعهٔ، و المرجع فی غیر ذلک من موارد الشکّ إلی إطلاقات أدلّهٔ تلک التصرّفات إن وجدت علی الجواز أو المنع، و إلّا فإلی الأُصول العملیّهٔ، لکن حیث کان الکلام فی اعتبار إذن الإمام علیه السلام أو نائبه الخاصّ مع التمکّن منه لم یجز إجراء الأُصول؛ لأنّها لا تنفع مع التمکّن «۳» من الرجوع إلی الحجّهٔ، و إنّما تنفع «۴» مع عدم التمکّن من الرجوع إلیها

(۱) راجع الوسائل ۱۸: ۶، الباب ۳ من أبواب صفات القاضی، و ۲۲۱، الباب ۳۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم و الدعوی، الحدیث ۳، و ۳۳۰، الباب ۱۷ من أبواب مقدّمات الحدود، الحدیث ۳، و ۳۴۳، الباب ۳۲ من الأبواب، و ۵۳۲، الباب الأوّل من أبواب حدّ المحارب، و المستدرک ۱۷: ۲۴۱، الباب ۳ من أبواب صفات القاضی، و ۱۸: ۲۹، الباب ۲۵ من أبواب مقدّمات الحدود، و غیرها.

(۲) الوسائل ۲: ۸۰۱، الباب ۲۳ من أبواب صلاهٔ الجنازهٔ، الحدیث ۴.

(۳) العبارهٔ فی «ف» هکذا: لأنّها إنّما تنفع مع عدم التمکّن ..

(۴) فی غیر «ش» زیادهٔ: «ذلک»، لکن شطب علیها فی «ن».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثهٔ)، ج۳، ص: ۵۵۱

لبعض العوارض «۱».

[الکلام فی ولایهٔ الفقیه بالمعنی الأول]

اشارهٔ

و بالجملهٔ، فلا یهمّنا التعرّض لذلک، إنّما المهمّ التعرّض لحکم ولایهٔ الفقیه بأحد الوجهین المتقدّمین، فنقول:

[الاستدلال علیها بالروایات]

اشارهٔ

أمّا الولایهٔ علی الوجه الأوّل أعنی استقلاله فی التصرّف فلم یثبت بعموم عدا ما ربما یتخیّل من أخبار واردهٔ فی شأن العلماء مثل: «أنّ العلماء ورثهٔ الأنبیاء، و [ذاک] «۲» أنّ الأنبیاء لم یورّثوا دیناراً و لا درهماً و لکن ورّثوا أحادیث من أحادیثهم، فمن أخذ بشیءٍ منها أخذ بحظٍّ وافر» «۳».

و «أنّ العلماء أُمناء الرسل» «۴».

و قوله علیه السلام: «مجاری الأُمور بید العلماء باللّه، الامناء علی حلاله و حرامه» «۵».

و قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم: «علماء أُمّتی کأنبیاء بنی إسرائیل» «۶».

(۱) فی «ف» و «خ»: «فی بعض الموارد»، لکن صحّح فی الأخیر بما أثبتناه.

(۲) من المصدر.

(۳) الوسائل ۱۸: ۵۳، الباب ۸ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۲.

(۴) لم نقف علیه بهذا اللفظ فی مجامیعنا الحدیثیهٔ، بل ورد فی الکافی (۱: ۳۳، الحدیث ۵): «العلماء أُمناء»، و فی (۴۶، الحدیث ۵): «الفقهاء أُمناء الرسل»، نعم ورد بهذا اللفظ فی کنز العمّال ۱۰: ۱۸۳، و ۲۰۴، الحدیث ۲۸۹۵۲ و ۲۹۰۸۳.

(۵) تحف العقول: ۲۳۸، و عنه فی البحار ۱۰۰: ۸۰، الحدیث ۳۷.

(۶) عوالی اللآلی ۴: ۷۷، الحدیث ۶۷، و عنه البحار ۲: ۲۲، الحدیث ۶۷، و نقله فی المستدرک ۱۷: ۳۲۰، الحدیث ۳۰ عن العلّامة فی التحریر.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۵۲

و فی المرسلة «۱» المرویّة فی الفقه الرضوی: «إنّ منزلة الفقیه فی هذا الوقت کمنزلة الأنبیاء فی بنی إسرائیل» «۲».

و قوله علیه السلام «۳» فی نهج البلاغة: «أولی الناس بالأنبیاء: أعلمهم بما جاؤوا به إِنَّ أَوْلَی النّاسِ بِإِبْراهِیمَ لَلَّذِینَ اتَّبَعُوهُ الآیة» «۴».

و قوله صلّی اللّه علیه و آله و سلم ثلاثاً: «اللّهم ارحم خلفائی. قیل: و من خلفاؤک یا رسول اللّه؟ قال: الذین یأتون بعدی، و یروون حدیثی و سنّتی» «۵».

و قوله علیه السلام فی مقبولة ابن حنظلة: «قد جعلته علیکم حاکماً» «۶».

و فی مشهورة أبی خدیجة: «جعلته علیکم قاضیاً» «۷».

و قوله عجّل اللّه فرجه: «هم حجّتی علیکم و أنا حجّة اللّه» «۸».

---

(۱) لم ترد هذه الروایة فی «ف».

(۲) الفقه المنسوب إلی الإمام الرضا علیه السلام: ۳۳۸. و عنه فی البحار ۷۸: ۳۴۶، ذیل الحدیث ۴.

(۳) لم یرد هذا النصّ فی «ف».

(۴) نهج البلاغة: ۴۸۴، باب المختار من حِکَم أمیر المؤمنین علیه السلام، الحکمة ۹۶، و الآیة من سورة آل عمران: ۶۸.

(۵) الوسائل ۱۸: ۱۰۰، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۷.

(۶) الوسائل ۱۸: ۹۸ ۹۹، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث الأوّل.

(۷) الوسائل ۱۸: ۱۰۰، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۶.

(۸) ستأتی مصادره فی الصفحة ۵۵۵.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط – الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۵۳

إلی غیر ذلک ممّا یظفر به المتتبّع.

[المناقشة فی الاستدلال]

لکنّ الإنصاف بعد ملاحظة سیاقها أو صدرها أو ذیلها یقتضی الجزم بأنّها فی مقام بیان وظیفتهم من حیث الأحکام الشرعیة، لا کونهم کالنبیّ و الأئمة صلوات اللّه علیهم فی کونهم أولی بالناس «۱» فی أموالهم، فلو طلب الفقیه الزکاة و الخمس من المکلّف فلا دلیل علی وجوب الدفع إلیه شرعاً. نعم، لو ثبت شرعاً اشتراط صحّة أدائهما بدفعه إلی الفقیه مطلقاً أو بعد المطالبة، و أفتی بذلک الفقیه، وجب اتّباعه إن کان ممّن یتعیّن تقلیده ابتداءً أو بعد الاختیار، فیخرج عن محلّ الکلام.

هذا، مع أنّه لو فرض العموم فیما ذکر من الأخبار، وجب حملها علی إرادة الجهة «۲» المعهودة المتعارفة من وظیفته، من حیث کونه رسولًا مبلّغاً، و إلّا لزم تخصیص أکثر أفراد العامّ؛ لعدم سلطنة الفقیه علی أموال الناس و أنفسهم إلّا فی موارد قلیلة بالنسبة إلی موارد عدم سلطنته.

و بالجملة، فأقامه الدلیل علی وجوب طاعة الفقیه کالإمام علیه السلام إلّا ما خرج بالدلیل دونه خرط القتاد!

بقی الکلام فی ولایته علی الوجه الثانی أعنی توقّف تصرّف الغیر علی إذنه،

اشارة

فيما كان متوقّفاً على إذن الإمام عليه السلام و حيث إنّ موارد التوقّف على إذن الإمام عليه السلام غير مضبوطة فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها، فنقول:

[الضابطة لما يجب استئذان الفقيه فيه]

كلّ معروف علم من الشارع إرادة وجوده فى الخارج، إن علم

---

(۱) فى «ع» و «ش»: أولى الناس.

(۲) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: على إرادة العامّ من الجهة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۵۴

كونه وظيفة شخص خاصّ، كنظر الأب فى مال ولده الصغير، أو صنفٍ خاصّ، كالإفتاء و القضاء، أو كلّ من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا إشكال فى شيءٍ من ذلك. و إن لم يُعلم ذلك و احتمل كونه مشروطاً فى وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه، وجب الرجوع فيه إليه.

ثمّ إن علم الفقيه من الأدلّة جواز تولّيه «۱»؛ لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاصّ، تولّاه مباشرةً أو استنابةً إن كان ممّن يرى الاستنابة فيه، و إلّا عطّله؛ فإنّ كونه معروفاً لا ينافى إناطته بنظر الإمام عليه السلام و الحرمان عنه عند فقده، كسائر البركات التى حُرمناها بفقده عجّل اللّه فرجه.

و مرجع هذا إلى الشكّ فى كون المطلوب مطلق وجوده، أو وجوده من موجد خاصّ.

[ما يدل على وجوب استئذان الفقيه فى الأمور المذكورة]

أمّا وجوب الرجوع إلى الفقيه فى الأُمور المذكورة، فيدلّ عليه مضافاً إلى ما يستفاد من جعله حاكماً، كما فى مقبولة ابن حنظلة، الظاهرة فى كونه كسائر الحكّام المنصوبة فى زمان النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم و الصحابة فى إلزام الناس بإرجاع الأُمور المذكورة إليه، و الانتهاء فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً وجوب الرجوع فى الأُمور العامّة المطلوبة للسلطان إليه، و إلى ما تقدّم من قوله عليه السلام: «مجارى الأُمور بيد العلماء باللّه الامناء على حلاله و حرامه» «۲»-

---

(۱) فى غير «ف» و «ش»: «توليته»، و لكن صحّح فى «ن» بما أثبتناه.

(۲) تقدّم فى الصفحة ۵۵۱.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۵۵

التوقيع «۱» المروى فى إكمال الدين «۲» و كتاب الغيبة «۳» و احتجاج الطبرسى «۴» الوارد فى جواب مسائل إسحاق بن يعقوب، التى ذكر أنّى «۵» سألت العمرى رضى اللّه عنه أن يوصل لى «۶» إلى الصاحب عجّل اللّه فرجه كتاباً «۷» فيه تلك المسائل التى قد أشكلت علىّ، فورد الجواب «۸» بخطّه عليه آلاف الصلاة و السلام فى أجوبتها، و فيها: «و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا؛ فإنّهم حجّتى عليكم و أنا حجّة اللّه».

فإنّ المراد ب «الحوادث» ظاهراً: مطلق الأُمور التى لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلًا أو شرعاً إلى الرئيس، مثل النظر فى أموال القاصرين لغيبةٍ أو موتٍ أو صغرٍ أو سَفَهٍ.

و أمّا تخصيصها بخصوص المسائل الشرعيّة، فبعيد من وجوه:

منها: أنّ الظاهر وكول نفس الحادثة إليه ليباشر أمرها مباشرةً أو استنابةً، لا الرجوع فى حكمها إليه.

(١) فى «خ»، «م»، «ع» و «ص»: «و التوقيع»، و فى مصحّحة «خ» و «م» شطب على الواو.

(٢) إكمال الدين: ۴۸۴، الباب ۴۵، الحديث ۴.

(٣) كتاب الغيبة: ٢٩، الفصل ۴، الحديث ٢۴٧.

(۴) الاحتجاج ٢: ٢٨٣، و عن المصادر المتقدّمة الوسائل ١٨: ١٠١، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٩.

(۵) فى «م» و «ش» بدل «أنّى»: أبى.

(۶) لم ترد «لى» فى «ش».

(٧) فى «ف» و «ن» زيادة: «يذكر»، و لكن شطب عليها فى «ن».

(٨) فى «ش»: فورد التوقيع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵۵۶

و منهـا: التعليـل بكونهم «حجّتى عليكم و أنـا حجّـة اللّه»؛ فإنّه إنّما يناسب الأُمور التى يكون المرجع فيها هو الرأى و النظر، فكان هـذا منصب ولايـة الإمـام عليه السـلام من قِبَل نفسه، لا أنّه واجب من قِبَل اللّه سبحانه على الفقيه بعد غيبـة الإمام عليه السـلام، و إلّا كان المناسب أن يقول: «إنّهم حُجج اللّه عليكم» كما وصفهم فى مقام آخر ب «أنّهم أُمناء اللّه على الحلال و الحرام» «١».

و منها: أنّ وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية إلى العلماء الذى هو من بديهيّات الإسـلام من السـلف إلى الخلف ممّا لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتّى يكتبه فى عـداد مسائل أشكلت عليه، بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامّة إلى رأى أحدٍ و نظره؛ فإنّه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وكّله فى غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقاته فى ذلك الزمان.

و الحاصل: أنّ الظاهر أنّ لفظ «الحوادث» ليس مختصّاً بما اشتبه حكمه و لا بالمنازعات.

ثمّ إنّ النسبة بين مثـل هـذا التوقيع و بين العمومـات الظـاهرة فى إذن الشـارع فى كلّ معروف لكلّ أحـد، مثل قوله عليه السـلام: «كلّ معروف صدقة» «٢»، و قوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقة» «٣» و أمثال

(١) راجع الصفحة ۵۵۱.

(٢) الوسائل ١١: ۵٢١، الباب الأوّل من أبواب فعل المعروف، الحديث ۵.

(٣) الوسائل ١١: ١٠٨، الباب ۵٩ من أبواب جهاد العدوّ، الحديث ٢، و فيه: عونك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵۵٧

ذلك و إن كانت عموماً من وجه، إلّا أنّ الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها و كونها بمنزلة المفسّر الدالّ على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه فى الأُمور العامّة التى يفهم عرفاً دخولها تحت «الحوادث الواقعة»، و تحت عنوان «الأمر» فى قوله أُولِى الْأَمْرِ «١».

و على تسـليم التنزّل عن ذلك، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعيّة ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولىّ الأمر «٢». هذا، لكن المسألة لا تخلو عن إشكال، و إن كان الحكم به مشهورياً.

و على أىّ تقـدير، فقـد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ ما دلّ عليه هـذه الأدلّة هو ثبوت الولاية للفقيه فى الأُمور التى يكون مشـروعيّة إيجادها فى الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية. و أمّا ما يُشكّ فى مشروعيّته كالحدود لغير الإمام، و تزويـج الصـغيرة لغير الأب و الجـدّ، و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخيارى عنه، و غير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلّة مشروعيّتها للفقيه، بل لا بدّ للفقيه من استنباط مشروعيّتها من دليلٍ آخر.

نعم، الولایة علی هذه و غیرها ثابتة للإمام علیه السلام بالأدلّة المتقدّمة المختصّة به، مثل آیة أَوْلیٰ بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ «۳».

---

(۱) الوارد فی قوله تعالی «أَطِیعُوا اللّٰهَ»، و تقدّم فی الصفحة ۵۴۷.

(۲) فی «ف»: اولی الأمر.

(۳) الأحزاب: ۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۵۸

و قد تقدّم «۱»: أنّ إثبات عموم نیابة الفقیه «۲» عنه علیه السلام فی هذا النحو من الولایة علی الناس لیقتصر فی الخروج عنه علی ما خرج بالدلیل دونه خرط القتاد.

و بالجملة، فها هنا مقامان:

أحدهما: وجوب إیکال المعروف المأذون فیه إلیه؛ لیقع خصوصیاته عن نظره ورائه، کتجهیز المیّت الذی لا ولیّ له، فإنّه یجب أن یقع خصوصیاته من تعیین الغاسل و المغسل و تعیین شیء من ترکته للکفن و تعیین المدفن عن رأی الفقیه.

الثانی: مشروعیّة تصرّفٍ خاصٍّ فی نفس أو مال أو عرض.

و الثابت بالتوقیع و شبهه هو الأوّل دون الثانی، و إن کان الإفتاء فی المقام الثانی بالمشروعیّة و عدمها أیضاً من وظیفته، إلّا أنّ المقصود عدم دلالة الأدلّة السابقة علی المشروعیّة.

نعم، لو ثبتت أدلّة النیابة عموماً تمّ ما ذکر.

ثمّ إنّه قد اشتهر فی الألسن و تداول فی بعض الکتب «۳» روایة «۴» أنّ «السلطان ولیّ من لا ولیّ له» و هذا أیضاً بعد الانجبار سنداً أو

---

(۱) تقدّم فی الصفحة ۵۵۳.

(۲) فی غیر «ش»: «نیابته للفقیه»، و صحّحت فی «ن» بما أثبتناه.

(۳) کما فی المسالک ۷: ۱۴۷، و عوائد الأیام: ۵۶۳، ذیل العائدة: ۵۴، و الجواهر ۲۹: ۱۸۸، و راجع الحدیث فی کنز العمّال ۱۶: ۳۰۹، الحدیث ۴۴۶۴۳ و ۴۴۶۴۴.

(۴) لم ترد «روایة» فی «ف».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۵۹

مضموناً «۱» یحتاج إلی أدلّة عموم النیابة، و قد عرفت ما یصلح أن یکون دلیلًا علیه «۲»، و أنّه لا یخلو عن وهن فی دلالته، مع قطع النظر عن السند، کما اعترف به جمال المحقّقین فی باب الخمس بعد الاعتراف بأنّ المعروف بین الأصحاب کون الفقهاء نوّاب الإمام علیه السلام «۳»، و یظهر من المحقّق الثانی أیضاً فی رسالته الموسومة ب «قاطع اللجاج» «۴» فی مسألة جواز أخذ الفقیه اجرة أراضی الأنفال من المخالفین کما یکون ذلک للإمام علیه السلام إذا ظهر الشکّ «۵» فی عموم النیابة «۶»، و هو فی محلّه.

ثمّ إنّ قوله «۷»: «من و لا ولیّ له» فی المرسلة المذکورة لیس مطلق من لا ولیّ له، بل المراد عدم الملکة، یعنی: أنّه ولیّ مَن مِن شأنه أن یکون له ولیّ بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فیشمل الصغیر الذی مات أبوه، و المجنون بعد البلوغ، و الغائب، و الممتنع، و المریض، و المغمیٰ علیه، و المیّت الذی لا ولیّ له، و قاطبة المسلمین إذا کان لهم مِلک، کالمفتوح عنوة، و الموقوف علیهم فی الأوقاف العامّة، و نحو ذلک.

---

(۱) قال الشهید قدّس سرّه: منشأ التردید هو الشکّ فی أنّ المتداول فی الألسنة متن الروایة و نقلت باللفظ، أو مضمونها و نقلت

بالمعنى (هداية الطالب: ٣٣٢).

(٢) راجع الصفحة ٥٥١ ٥٥٣.

(٣) حاشية الروضة: ٣٢٠، ذيل عبارة: أو إلى نوّابه و هم الفقهاء.

(۴) كذا فى النسخ، و المعروف تسميتها ب «قاطعة اللجاج».

(۵) كذا فى «ف»، «خ» و «ص»، و فى سائر النسخ: للشكّ.

(۶) قاطعة اللجاج فى تحقيق حلّ الخراج (رسائل المحقّق الكركى) ١: ٢٥٧.

(٧) فى «ف» زيادة: عليه السلام.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵۶۰

لكن يستفاد منه ما لم يمكن «١» يستفاد من التوقيع المذكور، و هو الإذن فى فعل كلّ مصلحة لهم، فثبت «٢» به مشروعيّة ما لم يثبت مشروعيّته بالتوقيع المتقدّم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم، ليس له فعل شىء لا يعود مصلحته إليهم، و إن كان ظاهر «الولىّ» يوهم ذلك؛ إذ بعد ما ذكرنا: من أنّ المراد ب «من لا ولىّ له» مَن مِن شأنه أن يكون له ولىّ، يراد به كونه ممّن ينبغى أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا- بمعنى: أنّه ينبغى أن يكون عليه ولىٌّ، له عليه «٣» ولاية الإجبار، بحيث يكون تصرّفه ماضياً عليه.

و الحاصل: أنّ الولىّ المنفىّ هو الولىّ للشخص لا عليه، فيكون المراد بالولىّ المثبت، ذلك أيضاً، فمحصّله: إنّ اللّه جعل الولىّ الذى «۴» يحتاج إليه الشخص و ينبغى أن يكون له، هو «۵» السلطان، فافهم.

---

(١) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: يكن.

(٢) فى «ص»: فثبتت.

(٣) عبارة «ولىّ، له عليه» لم ترد فى «م»، و استدركت فى «ع» و «ص».

(۴) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: للذى.

(۵) الضمير فى «ص» مشطوب عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵۶۱

مسألة فى ولاية عدول «١» المؤمنين

[حدود ولاية المؤمنين]

اعلم أنّ ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه و هو ما كان تصرّفاً مطلوب الوجود للشارع إذا كان الفقيه متعذّر الوصول، فالظاهر جواز تولّيه «٢» لآحاد المؤمنين؛ لأنّ المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف إلى شخص، و اعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط «٣» بفرض التعذّر، و كونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذّر الشرط؛ لكونه من المعروف الذى أُمر بإقامته فى الشريعة «۴».

نعم، لو احتمل كون مطلوبيّته مختصّة بالفقيه أو «۵» الإمام، صحّ

---

(١) فى غير «ش» و «ص»: العدول.

(٢) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: توليته.

(٣) فی غیر «ش» زیادة: «له»، لکن شطب علیها فی «ن».

(۴) کما فی الآیة: «وَ لْتَکُنْ مِنْکُمْ اُمَّةٌ یَأمُرونَ بِالمَعْروفِ وَ یَنْهَوْنَ عَنِ المُنْکَرِ» آل عمران: ١٠۴، و غیرها من الآیات، و راجع الوسائل ١١: ٣٩٣، الباب الأوّل من أبواب الأمر و النهی.

(۵) فی «ف»: و الإمام.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج٣، ص: ۵۶٢

الرجوع إلی أصالة عدم المشروعیّة، کبعض مراتب النهی عن المنکر؛ حیث إنّ إطلاقاته لا تعمّ ما إذا بلغ حدّ الجرح «١».

قال الشهید قدّس سرّه فی قواعده: یجوز للآحاد مع تعذّر الحکّام تولیة آحاد التصرّفات الحِکَمیّة علی الأصحّ، کدفع ضرورة الیتیم، لعموم وَ تَعٰاوَنُوا عَلَی الْبِرِّ وَ التَّقْویٰ «٢»، و قوله علیه «٣» السلام: «و اللّه تعالی فی عون العبد ما کان العبد فی عون أخیه» «۴»، و قوله صلّی اللّه علیه و آله: «کلّ معروف صدقة» «۵». و هل یجوز أخذ الزکوات و الأخماس من الممتنع و تفریقها فی أربابها، و کذا بقیّة وظائف الحکّام غیر ما یتعلّق بالدعاوی؟ فیه وجهان: وجه الجواز ما ذکرنا، و لأنه لو مُنع من ذلک لفاتت مصالح صرف تلک الأموال، و هی مطلوبة للّه تعالی.

و قال بعض متأخّری العامّة: لا شکّ أنّ القیام بهذه المصالح أهمّ من ترک تلک الأموال بأیدی الظلمة یأکلونها بغیر حقّها و یصرفونها إلی غیر مستحقّها. فإن تُوقّع إمامٌ یصرف ذلک فی وجهه، حفظ المتمکّن تلک الأموال إلی حین تمکّنه من صرفها إلیه، و إن یئس من ذلک کما

---

(١) فی «خ»، «ع» و «ص»: الحَرَج.

(٢) القواعد و الفوائد ١: ۴٠۶، القاعدة ١۴٨، و الآیة من سورة المائدة: ٢.

(٣) فی «ف»: علیه الصلاة و السلام.

(۴) المستدرک ١٢: ۴٢٩، الباب ٣۴ من أبواب فعل المعروف، الحدیث ١٠، و انظر الوسائل ١١: ۵٨۶، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف، الحدیث ٢، و فیه: عون المؤمن .. عون أخیه.

(۵) الوسائل ١١: ۵٢٢، الباب الأوّل من أبواب فعل المعروف، الحدیث ۵.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج٣، ص: ۵۶٣

فی هذا الزمان تعیّن صرفه علی الفور فی مصارفه؛ لما فی إبقائه من التغریر و حرمان مستحقّیه «١» من تعجیل أخذه مع مسیس حاجتهم إلیه. و لو ظفر بأموال مغصوبة حفظها لأربابها حتّی یصل إلیهم، و مع الیأس یتصدّق بها عنهم «٢»، و عند العامّة تصرف فی المصارف «٣» العامّة «۴». انتهی.

و الظاهر أنّ قوله: «فإن توقّع .. إلی آخره» من کلام الشهید قدّس سرّه، و لقد أجاد فیما أفاد إلّا أنّه قدّس سرّه لم یبیّن وجه عدم الجواز، و لعلّ وجهه: أنّ مجرّد کون هذه الأُمور من المعروف لا ینافی اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه کما فی قطع الدعاوی و إقامة الحدود، و کما فی التجارة بمال الصغیر الذی له أب و جدّ؛ فإنّ کونها من المعروف لا ینافی وکوله إلی شخص خاصّ.

نعم، لو فُرض المعروف علی وجه یستقلّ العقل بحسنه مطلقاً کحفظ الیتیم من الهلاک الذی یعلم رجحانه علی مفسدة التصرّف فی مال الغیر بغیر إذنه صحّ المباشرة بمقدار یندفع به الضرورة، أو فرض علی وجه یفهم من دلیله جواز تصدّیه لکلّ أحدٍ إلّا أنّه خرج ما لو تُمُکِّن من الحاکم، حیث دلّت الأدلّة علی وجوب إرجاع الأُمور إلیه، و هذا کتجهیز المیّت، و إلّا فمجرّد کون التصرّف معروفاً لا ینهض فی تقیید ما دلّ علی عدم ولایة أحد علی مال أحد أو نفسه،

(۱) فی «ف»: مستحقّه.

(۲) فی المصدر زیادة: «و یضمن»، و استدرکها مصحّح «ص».

(۳) فی المصدر و نسخة بدل «ص»: المصالح.

(۴) القواعد و الفوائد ۱: ۴۰۶، القاعدة ۱۴۸.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۶۴

و لهذا لا یلزم عقد الفضولی علی المعقود له بمجرّد کونه معروفاً و مصلحة، و لا یفهم من أدلّة المعروف ولایة للفضولی علی المعقود علیه؛ لأنّ المعروف هو التصرّف فی المال أو النفس علی الوجه المأذون فیه من المالک أو العقل أو الشارع من غیر جهة نفس أدلّة المعروف.

و بالجملة، تصرّف غیر الحاکم یحتاج إلی نصٍّ عقلی، أو عموم شرعی، أو خصوصٍ فی مورد جزئی، فافهم.

بقی الکلام فی اشتراط العدالة فی المؤمن الذی یتولّی المصلحة عند فقد الحاکم،

اشارة

کما هو ظاهر أکثر الفتاوی؛ حیث یعبّرون بعدول المؤمنین «۱»، و هو مقتضی الأصل، و یمکن أن یستدلّ علیه ببعض الأخبار أیضاً:

ففی صحیحة محمد بن إسماعیل: «رجل مات من أصحابنا بغیر وصیّة، فرفع أمره إلی قاضی الکوفة، فصیّر عبد الحمید القیّم بماله، و کان الرجل خلّف ورثة صغاراً و متاعاً و جواری، فباع عبد الحمید المتاع، فلمّا أراد بیع الجواری ضعف قلبه عن بیعهنّ، إذ لم یکن المیّت صیّر إلیه وصیّة، و کان قیامه فیها «۲» بأمر القاضی؛ لأنّهنّ فروج، قال: فذکرت ذلک لأبی جعفر علیه السلام، و قلت له: یموت الرجل من أصحابنا، و لا یوصی إلی أحد، و یخلّف جواری «۳»، فیقیم القاضی رجلًا منّا لبیعهنّ

(۱) کما فی المسالک ۶: ۲۵۹، و الحدائق ۱۸: ۳۲۳ و ۴۰۳ و ۴۴۴، و الریاض ۲: ۳۱ و ۵۹، و الجواهر ۲۲: ۲۷۲.

(۲) فی «ش» بدل «فیها»: بهذا.

(۳) فی «ش»: الجواری.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۶۵

أو قال: یقوم بذلک رجلٌ منّا فیضعف قلبه؛ لأنّهنّ فروج «۱»، فما تری فی ذلک؟ قال: إذا کان القیّم «۲» مثلک و «۳» مثل عبد الحمید فلا بأس» «۴».

بناء علی أنّ المراد من المماثلة: أمّا المماثلة فی التشیّع، أو فی الوثاقة و ملاحظة مصلحة الیتیم و إن لم یکن شیعیّاً، أو فی الفقاهة بأن یکون من نوّاب الإمام علیه السلام عموماً فی القضاء بین المسلمین أو فی العدالة.

و الاحتمال «۵» الثالث منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ علی ثبوت البأس مع عدم الفقیه و لو مع تعذّره. و هذا بخلاف الاحتمالات الأُخر؛ فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف و إن تعذّر غیرهم، فتَعَیّن أحدها «۶» الدائر بینها، فیجب الأخذ فی مخالفة الأصل بالأخصّ منها، و هو العدل.

لکن الظاهر من بعض الروایات کفایة الأمانة و ملاحظة مصلحة الیتیم، فیکون مفسِّراً للاحتمال الثانی فی وجه المماثلة المذکورة فی الصحیحة.

(۱) عبارة «قال فذکرت إلی فروج» لم ترد فی غیر «ش»، و استدرکت فی هامش «ص».

(۲) فی «ص» و «ش» زیادة: به.

(۳) فی «ص»: أو.

(۴) الوسائل ۱۲: ۲۷۰، الباب ۱۶ من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث ۲، و فی غیر «ش» زیادة: الخبر.

(۵) کذا فی «ش» و مصحّحة «ن»، و فی سائر النسخ: و احتمال.

(۶) فی «ف»: أحدهما.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۶۶

ففی صحیحة علی بن رئاب: «رجل مات و بینی و بینه قرابة و ترک أولاداً صغاراً و ممالیک غلماناً «۱» و جواری و لم یوصِ، فما تری فیمن یشتری منهم الجاریة فیتّخذها «۲» أُمّ ولد؟ و ما تری فی بیعهم؟ قال «۳»: إن کان لهم ولیّ یقوم بأمرهم، باع علیهم و نظر لهم و «۴» کان مأجوراً فیهم «۵». قلت: فما تری فیمن یشتری منهم الجاریة و یتّخذها «۶» أُمّ ولد؟ فقال: لا بأس بذلک إذا باع علیهم القیّم بأمرهم الناظر فیما یصلحهم، و لیس لهم أن یرجعوا فیما فعله القیّم بأمرهم الناظر فیما یصلحهم» «۷».

و موثّقة زرعة، عن سماعة: «فی رجل مات و له بنون و بنات صغار و کبار، من غیر وصیّة، و له خدم و ممالیک و عقد «۸» کیف یصنع

---

(۱) لم ترد «غلماناً» فی غیر «ش» و «ص».

(۲) فی «ص» و مصحّحة «ن»: «و یتّخذها»، و فی «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «و یجدها»، و فی «ش»: یتخذها.

(۳) فی «ص» و «ش» زیادة: فقال.

(۴) فی «ن» شطب علی الواو.

(۵) لم ترد «فیهم» فی غیر «ش»، و استدرکت فی «ص».

(۶) فی غیر «ص» و «ش»: و یجدها، و لکن صحّحت فی «ن» بما أثبتناه.

(۷) فی غیر «ش» زیادة: الخبر، و شطب علیها فی «ص»، و لا وجه لها إذ الحدیث مذکور بتمامه، راجع الوسائل ۱۲: ۲۶۹، الباب ۱۵ من أبواب عقد البیع و شروطه.

(۸) کذا استدرکت فی «ص» طبقاً للمصادر الحدیثیة، و فی «ش»: و عقر، و لم ترد الکلمة فی سائر النسخ.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۶۷

الورثة بقسمة ذلک «۱»؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلک کلّه فلا بأس «۲»؛ بناءً علی أنّ المراد من یوثق به و یطمئنّ بفعله عرفاً و إن لم یکن فیه ملکة العدالة.

لکن فی صحیحة إسماعیل بن سعد ما یدلّ علی اشتراط تحقّق عنوان العدالة: «قال: سألت الرضا علیه السلام عن رجل یموت بغیر وصیّة، و له ولد صغار و کبار، أ یحلّ شراء شیء من خدمه و متاعه «۳» من غیر أن یتولّی القاضی بیع ذلک؟ فإن تولّاه قاضٍ قد تراضوا به و لم یستخلفه «۴» الخلیفة، أ یطیب الشراء منه أم لا؟ قال علیه السلام: إذا کان الأکابر من ولده معه فی البیع فلا بأس إذا رضی الورثة بالبیع و قام عدل فی ذلک» «۵».

هذا، و الذی ینبغی أن یقال: إنّک قد عرفت أنّ ولایة غیر الحاکم لا تثبت إلّا فی مقام یکون عموم عقلی أو نقلی یدلّ علی رجحان التصدّی لذلک المعروف، أو یکون هناک دلیل خاصّ یدلّ علیه، فما ورد فیه نصّ خاصّ علی الولایة اتّبع ذلک النصّ عموماً أو «۶» خصوصاً فقد یشمل الفاسق و قد لا یشمل.

---

(۱) فی المصادر الحدیثیة زیادة: «المیراث»، و استدرکت فی مصحّحة «ص».

(۲) الوسائل ۱۳: ۴۷۴، الباب ۸۸ من أبواب أحکام الوصایا، الحدیث ۲.

(۳) فی نسخة بدل «ن» و «م» و «ع»: متاعهم، و فی نسخة بدل «ص»: خدمهم و متاعهم.

(۴) فی الکافی: «لم یستأمره»، و فی التهذیب و الوسائل: لم یستعمله.

(۵) الوسائل ۱۲: ۲۶۹ ۲۷۰، الباب ۱۶ من أبواب عقد البیع، الحدیث الأوّل.

(۶) فی «ف» بدل «أو»: «و».

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۶۸

و أمّا ما ورد فیه العموم، فالکلام فیه قد یقع فی جواز مباشرة الفاسق و تکلیفه بالنسبة إلی نفسه، و أنّه هل یکون مأذوناً من الشرع فی المباشرة، أم لا؟ و قد یکون بالنسبة إلی ما یتعلّق من فعله بفعل غیره إذا لم یعلم وقوعه علی وجه المصلحة، کالشراء منه مثلًا.

[الظاهر عدم اعتبار العدالة فی المباشرة]

أمّا الأوّل: فالظاهر جوازه، و أنّ العدالة لیست معتبرة فی منصب المباشرة؛ لعموم أدلّة فعل ذلک المعروف، و لو مثل قوله علیه السلام: «عون الضعیف من أفضل الصدقة» «۱»، و عموم قوله تعالی وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیَتِیمِ إِلّٰا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ* «۲» و نحو ذلک.
و صحیحة محمد بن إسماعیل السابقة- قد عرفت أنّها محمولة علی صحیحة علی بن رئاب المتقدّمة-، بل و موثّقة زرعة «۳» و غیر ذلک ممّا سیأتی. و لو ترتّب حکم الغیر علی الفعل الصحیح منه، کما إذا صلّی فاسق علی میّت لا ولیّ له، فالظاهر سقوطها عن غیره إذا علم صدور الفعل منه و شکّ فی صحّته، و لو شکّ فی حدوث الفعل منه و أخبر به، ففی قبوله إشکال.

[الظاهر اشتراط العدالة فیما یتعلق بفعل الغیر]

و أمّا الثانی: فالظاهر اشتراط العدالة فیه، فلا یجوز الشراء منه و إن ادّعی کون البیع مصلحة، بل یجب أخذ المال من یده.
و یدلّ علیه بعد صحیحة إسماعیل بن سعد المتقدّمة، بل و موثّقة زرعة، بناء علی إرادة العدالة من الوثاقة-: أنّ عموم أدلّة القیام بذلک

---

(۱) الوسائل ۱۱: ۱۰۸، الباب ۵۹ من أبواب جهاد العدوّ، الحدیث ۲، و فیه: «عونک للضعیف ..».

(۲) الأنعام: ۱۵۲، و الإسراء: ۳۴.

(۳) راجع الصفحة ۵۶۴ ۵۶۶.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۶۹

المعروف لا یرفع الید عنها بمجرّد تصرّف الفاسق؛ فإنّ وجوب إصلاح مال الیتیم و مراعاة غبطته، لا یرتفع «۱» عن الغیر بمجرّد تصرّف الفاسق.

و لا یجدی هنا حمل فعل المسلم علی الصحیح، کما فی مثال الصلاة المتقدّم؛ لأنّ الواجب هناک هی صلاة صحیحة، و قد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق، و إذا شکّ فی صحّتها أُحرزت بأصالة الصحّة. و أمّا الحکم فیما نحن فیه، فلم یحمل علی التصرّف الصحیح، و إنّما حُمل علی موضوعٍ هو «إصلاح المال و مراعاة الحال» و الشکّ فی أصل تحقّق ذلک، فهو کما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشکّ فیها.

و إن شئت قلت: إنّ شراء مال الیتیم لا بدّ أن یکون مصلحة له، و لا یحرز «۲» ذلک بأصالة صحّة البیع من البائع، کما لو شکّ المشتری فی بلوغ البائع، فتأمّل.

نعم، لو وجد فى يد الفاسق ثمن من «٣» مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشترى و أخذ الثمن من الفاسق؛ لأنّ مال اليتيم الذى يجب إصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم أنّه الثمن أو المثمن، و أصالة صحّة المعاملة من الطرفين يحكم بالأوّل، فتدبّر.

[هل يجوز مزاحمة من تصدى من المؤمنين]

ثمّ إنّه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى، لا ـ على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلًا عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرّد وضع العدل

---

(١) فى غير «ص»: لا ترتفع.

(٢) كذا فى «ف» و نسخة بدل «خ»، و استظهره مصحّح «ص» أيضاً، و فى سائر النسخ: و لا يجوز.

(٣) لم ترد «من» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ٥٧٠

يده على مال يتيم لا يوجب منعَ الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه.

و لو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة فى استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير «١» أو مطلق وليّه من غير تخصيص بالعاقد. و أمّا لو «٢» أراد بيعه من شخص «٣» و عرّضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة و إن كان فى يد الأوّل.

و بالجملة، فالظاهر أنّ حكم عدول «۴» المؤمنين لا يزيد عن «۵» حكم الأب و الجدّ من حيث جواز التصرّف لكلٍّ منهما ما لم يتصرّف الآخر.

[مزاحمة فقيه لفقيه آخر]

و أمّا حكّام الشرع، فهل هم كذلك؟ فلو عيّن فقيه من يصلّى على الميّت الذى لا ولىّ له، أو من يلى أمواله، أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته، أم لا؟

الذى ينبغى أن يقال: إنّه إن استندنا فى ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدّم «۶»، جاز المزاحمة قبل وقوع التصرّف اللازم؛ لأنّ المخاطب بوجوب إرجاع الأُمور إلى الحكّام هم العوامّ، فالنهى عن المزاحمة

---

(١) فى «ن»، «م»، «ع» و «ص» و نسخة بدل «خ»: لليتيم، و فى نسخة بدل «ع»: للصغير.

(٢) لم ترد «و أمّا» فى «ش»، و فى «ف»: «أمّا»، و شطب على «أمّا» فى «ن».

(٣) فى غير «ف» و «ش»: شخصه، و صحّحت فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(۴) فى غير «ش»: «العدول»، و صحّحت فى «ص» بما أثبتناه.

(۵) كذا، و المناسب «على»، كما فى مصحّحة «ن».

(۶) تقدّم فى الصفحة ۵۵۵.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٧١

يختصّ بهم، و أمّا الحكّام فكلّ منهم حجّة من الإمام عليه السلام، فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى الآخر، فيجوز له مباشرته و إن كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه، فحال كلّ منهم حال كلٍّ من الأب و الجدّ فى أنّ النافذ تصرّف السابق، و لا عبرة

بدخول الآخر في مقدّمات ذلك و بنائه على ما يغاير تصرّف الآخر، كما يجوز لأحد الحاكمين تصدّى المرافعة قبل حكم الآخر و إن حضر المترافعان عنده و أحضر الشهود و بنى على الحكم.

و أمّا لو استندنا في ذلك إلى «١» عمومات النيابة «٢»، و أنّ فعل الفقيه كفعل الإمام، و نظره كنظره الذى لا يجوز التعدّى عنه لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس و الأموال حتّى يقال: إنّه قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النيابة في ذلك «٣»، بل من حيث وجوب إرجاع الأُمور الحادثة إليه؛ المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجّة منه عليه السلام على الناس فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل في أمر و وضع يده عليه و بنى فيه بحسب نظره على تصرّف و إن لم يفعل نفس ذلك التصرّف؛ لأنّ دخوله فيه كدخول الإمام، فدخول الثاني فيه و بناؤه على تصرّف آخر مزاحمة «۴» له، فهو «۵» كمزاحمة

---

(١) كذا في «ف»، «ن» و «خ» و نسخة بدل «ص»، و في سائر النسخ: على.

(٢) المتقدّمة في الصفحة ۵۵١ ۵۵٢.

(٣) راجع الصفحة ۵۵٣.

(۴) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: يزاحمه.

(۵) لم ترد «فهو» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٧٢

الإمام عليه السلام، فأدلّة النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام «١» عليه السلام.

فقد ظهر ممّا ذكرنا: الفرق بين الحكّام، و بين الأب و الجدّ؛ لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجّة و بين كون كلّ واحد منهم نائباً.

و ربما يتوهّم: كونهم حينئذٍ كالوكلاء المتعدّدين، في أنّ بناء واحد منهم على «٢» أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرّفٍ مغايرٍ لما بنى عليه الأوّل.

و يندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا وكلاء في نفس التصرّف لا في مقدّماته، فما لم يتحقّق التصرّف من أحدهم كان الآخر مأذوناً في تصرّفٍ مغايرٍ و إن بنى عليه الأوّل و دخل فيه، أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه و دخولهم في الأمر كدخوله، و فرضنا أيضاً عدم دلالة دليل وكالتهم على الإذن في مخالفة نفس الموكّل، و التعدّى عمّا بنى هو عليه مباشرةً أو استنابةً، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة و لا نقيصة.

و الوهم إنّما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعدّدين المتعلّقة بنفس ذى المقدّمة، فتأمّل.

هذا كلّه مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكّام سيّما في مثل هذا الزمان «٣» الذى شاع فيه القيام بوظائف الحكّام ممّن

---

(١) في «ف»: للإمام.

(٢) في «ف» بدل «على»: في.

(٣) كذا في «ش»، و في «خ» و «ص»: «هذه الأزمان»، و في سائر النسخ: هذا الأزمان.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٧٣

يدّعى الحكومة.

و كيف كان، فقد تبيّن ممّا ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيهٍ لمثله في كلّ إلزام قوليّ أو فعليّ يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا قبض

«۱» مال الیتیم من شخص أو عیّن شخصاً لقبضه أو جعله ناظراً علیه، فلیس لغیره من الحکّام مخالفة نظره؛ لأنّ نظره کنظر الإمام.

و أمّا جواز «۲» تصدّی مجتهدٍ لمرافعةٍ تصدّاها مجتهد آخر قبل الحکم فیها إذا لم یعرض عنها بل بنی علی الحکم فیها؛ فلأنّ وجوب الحکم فرع سؤال من له الحکم.

[هل یشترط فی ولایة غیر الأب و الجد ملاحظة الغبطة للیتیم؟]

اشارة

ثمّ إنّه هل یشترط فی ولایة «۳» غیر الأب و الجدّ ملاحظة الغبطة للیتیم، أم لا؟.

ذکر الشهید فی قواعده: أنّ فیه وجهین «۴»، و لکن ظاهر «۵» کثیر «۶» من کلماتهم: أنّه لا- یصحّ إلّا مع المصلحة، بل فی مفتاح الکرامة: أنّه إجماعی «۷»، و أنّ الظاهر من التذکرة فی باب الحجر کونه اتّفاقیاً بین

---

(۱) فی غیر «ف» و «ش»: أقبض.

(۲) فی «ف»: عدم جواز.

(۳) کذا، و فی التعبیر ما لا یخفی.

(۴) راجع القواعد و الفوائد ۱: ۳۵۲، القاعدة ۱۳۳، و سیأتی نصّ کلامه فی الصفحة ۵۷۹.

(۵) فی «خ» و «ص»: ظهر.

(۶) کلمة «کثیر» وردت فی «ف» و «ش»، و استدرکت فی هامش «ن».

(۷) مفتاح الکرامة ۴: ۲۱۷.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج‌۳، ص: ۵۷۴

المسلمین «۱»، و عن شیخه فی شرح القواعد: أنّه ظاهر الأصحاب «۲»، و قد عرفت تصریح الشیخ و الحلّی بذلک حتّی فی الأب و الجدّ «۳».

[الاستدلال بقوله تعالی وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیَتِیمِ إِلّٰا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ*]

و یدلّ علیه بعد ما عرفت من أصالة عدم الولایة لأحد علی أحد-: عموم قوله تعالی وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیَتِیمِ إِلّٰا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ* «۴»، و حیث إنّ توضیح معنی الآیة علی ما ینبغی لم أجده فی کلام أحد من المتعرّضین لبیان آیات الأحکام، فلا بأس بتوضیح ذلک فی هذا المقام، فنقول: إنّ «القرب» فی الآیة یحتمل معانی «۵» أربعة:

الأوّل: مطلق التقلیب «۶» و التحریک حتّی من مکان إلی آخر، فلا یشمل مثل إبقائه «۷» علی حال أو عند «۸» أحد.

الثانی: وضع الید علیه بعد أن کان بعیداً عنه و مجتنباً، فالمعنی: تجنّبوا عنه، و لا تقربوه إلّا إذا کان القرب أحسن، فلا یشمل حکم ما بعد الوضع «۹».

الثالث: ما یعدّ تصرّفاً عرفاً کالاقتراض و البیع و الإجارة و ما أشبه

---

(۱) استظهره السیّد العاملی فی مفتاح الکرامة ۵: ۲۶۰، و انظر التذکرة ۲: ۸۰.

(۲) شرح القواعد (مخطوط): الورقة ۷۱.

(۳) راجع الصفحة ۵۳۹.

(۴) الأنعام: ۱۵۲، و الإسراء: ۳۴.

(۵) في «ف»: معان.

(۶) كذا في «ش» و مصحّحة «ن»، و في سائر النسخ: التقلّب.

(۷) في «ف»: البقاء.

(۸) في مصحّحة «ص»: على حاله و عند.

(۹) في «ف» و «خ» و نسخة بدل «ش»: بعد الارتكاب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۷۵

ذلك فلا يدلّ على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرّف فيه أحسن منه، إلّا بتنقيح المناط.

الرابع: مطلق الأمر الاختيارى المتعلّق بمال اليتيم، أعمّ من الفعل و الترك، و المعنى: لا تختاروا في مال اليتيم فعلًا أو تركاً إلّا ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء في الفرض المذكور؛ لأنّ إبقاءه قربٌ له بما ليس أحسن.

و أمّا لفظ «الأحسن» في الآية، فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، و يحتمل أن يراد به الحسن. و على الأوّل، فيحتمل التصرّف الأحسن من تركه كما يظهر من بعض و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقاً من تركه و من غيره من التصرّفات. و على الثاني، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة، و يحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه، على ما قيل: من أنّ أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله «۱».

ثمّ إنّ الظاهر من احتمالات «القرب» هو الثالث، و من احتمالات «الأحسن» هو الاحتمال الثاني، أعني التفضيل المطلق.

و حينئذٍ فإذا فرضنا أنّ المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم، فبعناه بعشرة دراهم، ثمّ «۲» فرضنا أنّه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً، فأراد الولىّ جعلها ديناراً، فلا يجوز؛ لأنّ هذا التصرّف ليس أصلح من تركه، و إن كان يجوز لنا من أوّل الأمر بيع المال بالدينار؛ لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلّق المصلحة بجعل المال نقداً.

---

(۱) لم نعثر على قائله.

(۲) في «ف» زيادة: لو.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۷۶

أمّا لو جعلنا «الحسن» بمعنى ما لا مفسدة فيه، فيجوز.

و كذا لو جعلنا «القرب» بالمعنى الرابع؛ لأنّا إذا فرضنا أنّ القرب يعمّ إبقاء مال اليتيم على حاله كما هو الاحتمال الرابع فيجوز التصرّف المذكور؛ إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنّه مخيّر في الابتداء بين جعله دراهم أو ديناراً لأنّ القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد الفردين فيه لا مزيّة لأحدهما «۱» على الآخر فيخيّر فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كلٌّ من إبقاء الدراهم على حالها و جعلها ديناراً قرباً، و القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد «۲» الفردين لا مزيّة فيه على الآخر فهو مخيّر بينهما.

و الحاصل: أنّه كلما يفرض التخيير بين تصرّفين في الابتداء لكون القدر المشترك بينهما أحسن «۳»، و عدم مزيّة لأحد الفردين تحقّق التخيير لأجل ذلك استدامة، فيجوز العدول من «۴» أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبة إلى حال اليتيم و إن كان فيه نفع يعود إلى المتصرّف.

لكن الإنصاف: أنّ المعنى الرابع ل «القرب» مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث، و إن كان الذى يقتضيه التدبّر في

---

(۱) كذا في النسخ، و كان الأولى الإتيان بكلمة «له» مكان «لأحدهما»، كما أشار إليه مصحّح «ص».

(۲) فی غیر «ف»: فأحد.

(۳) فی غیر «ف» و «ش»: «حسن»، و کتب فی «ص» فوقه: حسناً.

(۴) فی «ص»: عن.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۷۷

غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الکلام: أن لا یختاروا فی أمر مال الیتیم إلّا ما کان أحسن من غیره.

[ظاهر بعض الروایات کفایة عدم المفسدة]

نعم، ربما یظهر من بعض الروایات أنّ مناط حرمة التصرّف هو الضرر، لا أنّ مناط الجواز هو النفع.

ففی حسنة «۱» الکاهلی: «قیل «۲» لأبی عبد اللّه علیه السلام: إنّا ندخل «۳» علی أخٍ لنا فی بیت أیتام و معهم «۴» خادم لهم، فنقعد علی بساطهم و نشرب من مائهم، و یخدمنا خادمهم، و ربما طعمنا فیه الطعام من عند صاحبنا و فیه من طعامهم، فما تری فی ذلک؟ قال: إن کان فی دخولکم علیهم منفعة لهم فلا بأس، و إن کان فیه ضرر فلا» «۵».

دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ ه ق

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج۳، ص: ۵۷۷

بناءً علی أنّ المراد من منفعة الدخول ما یوازی عوض ما یتصرّفون «۶» من مال الیتیم عند دخولهم، فیکون المراد بالضرر فی الذیل: أن لا یصل إلی الأیتام ما یوازی ذلک، فلا تنافی بین الصدر و الذیل علی ما زعمه بعض المعاصرین «۷»: من أنّ الصدر دالّ علی إناطة الجواز

---

(۱) فی «ف» و «خ» و نسخة بدل «ع» و «ش»: روایة.

(۲) فی غیر «ف» و «خ»: «قال»، و فی مصحّحة «ص»: «قال: قیل».

(۳) فی غیر «ف»: لندخل.

(۴) کذا فی «ص» و «ش»، و فی سائر النسخ: معه.

(۵) الوسائل ۱۲: ۱۸۳ ۱۸۴، الباب ۷۱ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث الأوّل.

(۶) کذا، و الأولی: «یصرفون»، کما نبّه علیه مصحّح «ص».

(۷) لم نعثر علیه.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۵۷۸

بالنفع، و الذیل دالّ علی إناطة الحرمة بالضرر، فیتعارضان فی مورد یکون التصرّف غیر نافع و لا مضرّ. و هذا منه مبنیّ علی أنّ المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بإزاء مال الیتیم إلیه، بمعنی أن تکون المنفعة فی معاوضة ما یتصرّف «۱» من مال الیتیم بما یتوصّل «۲» إلیهم من ماله، کأن یشرب ماءً فیعطی «۳» فلساً بإزائه، و هکذا .. و أنت خبیر بأنّه لا ظهور للروایة حتّی یحصل التنافی.

و فی روایة ابن المغیرة: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: إنّ لی ابنة أخ یتیمة، فربما اهدی لها الشیء فآکل منه ثمّ أُطعمها بعد ذلک الشیء من مالی، فأقول: یا ربِّ هذا بهذا «۴»؟ قال: لا بأس» «۵».

فإنّ ترك الاستفصال عن «۶» مساواة العوض و زيادته يـدلّ على عدم اعتبار الزيادة، إلّا أن يحمل على الغالب: من كون التصـرّف فی الطعام المهدی إليها «۷» و إعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من «۸» «الطعام المهدى إليها» «۹» هو المطبوخ و شبهه.

---

(۱) كذا، و الأولى: «ما يصرف»، كما فی مصحّحة «ص».

(۲) كذا، و الظاهر: «بما يوصل»، كما استظهره مصحّح «ص».

(۳) فی «ف»: و يعطی.

(۴) فی «ف» و «خ» و نسخة بدل «ن» و «م» و «ع» بدل «بهذا»: بذا.

(۵) الوسائل ۱۲: ۱۸۴، الباب ۷۱ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۲.

(۶) فی «ش»: من.

(۷) فی «ف»: المهدى إليه.

(۸) فی «ش» بدل «من»: أنّ.

(۹) فی «ف»، «ن» و «م»: المهدى إليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۷۹

و هل يجب مراعاة الأصلح أم لا؟

وجهان «۱». قـال الشـهيد رحمه اللّه فی القواعـد: هل يجب على الولیّ مراعاة المصـلحة فی مال المولّى عليه، أو يكفی نفی المفسـدة؟ يحتمل الأوّل؛ لأنّه منصوب لها، و لأصالـة بقاء الملك على حاله، و لأنّ النقل و الانتقال لا بـدّ لهما من غايـة، و العدميات لا تكاد تقع غاية. و على هذا، هل يتحرّى الأصلح أم يكتفی بمطلق المصلحة؟ فيه وجهان: نعم، لمثل ما قلنا، لا؛ لأنّ ذلك لا يتناهی.

و على كلّ تقدير: لو ظهر فی الحال الأصـلح و المصلحة، لم يجز العدول عن الأصلح، و يترتّب على ذلك: أخذ الولیّ بالشفعة للمولّى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة، و تزويج المجنون حيث لا مفسدة؛ و غير ذلك «۲»، انتهى.

الظاهر أنّ فعل الأصـلح فی مقابل ترك التصـرّف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه، فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده و كان الاتّجار به أصـلح منه، لم «۳» يجب إلّا إذا قلنـا بـالمعنى الرابع من معـانی القرب فی الآيـة، بـأن يراد: لاـ تختاروا فی مال اليتيم أمراً من الأفعال أو التروك إلّا أن يكون أحسن من غيره، و قـد عرفت الإشـكال فی اسـتفادة هذا المعنى، بل الظاهر التصـرّفات الوجوديّة فهی المنهیّ عن جميعها، إلّا «۴»

---

(۱) عبارة: «و هل يجب مراعاة الأصلح، أم لا؟ وجهان»، لم ترد فی «ف».

(۲) القواعد و الفوائد ۱: ۳۵۲، القاعدة ۱۳۳.

(۳) حرف النفی لم يرد فی غير «ش»، و فی نسخة بدل «ش» و مصحّحة «ن»، «خ» و «ص»: لا.

(۴) فی «ش» بدل «إلّا»: لا.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاری، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۸۰

ما كان أحسن من غيره و من الترك، فلا يشمل ما إذا كان «۱» فعلٌ أحسن من الترك.

نعم، ثبت بـدليل خـارج حرمـة الترك إذا كـان فيه مفسـدة، و أمّا إذا كان فی الترك مفسـدة و دار الأمر بين أفعالٍ بعضـها أصـلح من بعض، فظاهر الآيـة عـدم جواز العـدول عنه، بل ربما يعـدّ العـدول فی بعض المقامات إفساداً، كما إذا اشتُرى فی موضع بعشـرة، و فی

موضع آخر قريب منه بعشرين، فإنّه يعدّ بيعه فى الأوّل إفساداً للمال، لو «۲» ارتكبه عاقل عدّ سفيهاً ليس فيه ملكة إصلاح المال، و هذا هو الذى أراده الشهيد بقوله: و لو ظهر فى الحال .. إلخ «۳».

نعم، قد لا يعدّ العدول من السفاهة، كما لو كان بيعه مصلحة، و كان بيعه فى بلد آخر أصلح «۴» مع إعطاء الأُجرة منه أن ينقله إليه و العلم بعدم الخسارة «۵»؛ فإنّه قد «۶» لا يعدّ ذلك سفاهة، لكن ظاهر الآية وجوبه.

---

(۱) فى «ف» و «ن» زيادة: «الترك»، و لكن شطب عليها فى «ن».

(۲) فى «ش» و مصحّحة «خ»: و لو.

(۳) راجع الصفحة السابقة.

(۴) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن» و «خ»، و العبارة فى سائر النسخ هكذا: أو كان بيعه فى بلد آخر مع إعطاء ..

(۵) فى «ص» بعد كلمة «الخسارة» زيادة «أصلح» تصحيحاً.

(۶) لم ترد «قد» فى «ص».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۸۱

مسألة يشترط فى من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثمناً أن يكون مسلماً،

[المشهور عدم صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر]

فلا يصحّ نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا، كما فى التذكرة «۱»، بل عن الغنية: عليه الإجماع «۲»، خلافاً للمحكى فى التذكرة عن بعض علمائنا «۳»، و سيأتى عبارة الإسكافى فى المصحف «۴».

و استدلّ «۵» للمشهور تارةً: بأنّ الكافر يمنع من استدامته؛ لأنّه لو ملكه قهراً بإرث أو أسلم فى ملكه بيع عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح.

و أُخرى: بأنّ الاسترقاق سبيل على المؤمن، فينتفى بقوله «۶» تعالى:

---

(۱) التذكرة ۱: ۴۶۳.

(۲) الغنية: ۲۱۰.

(۳) التذكرة ۱: ۴۶۳.

(۴) سيأتى فى الصفحة ۶۰۱.

(۵) انظر التذكرة ۱: ۴۶۳، و مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۵.

(۶) فى غير «ش» و مصحّحة «ن»: لقوله.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۸۲

وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا «۱»، و بالنبوىّ المرسل فى كتب أصحابنا المنجبر بعملهم و استدلالهم به «۲» فى موارد متعدّدة «۳»، حتّى فى عدم جواز علوّ بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته «۴» و هو قوله صلّى اللّه عليه و آله: «الإسلام يعلو و لا يُعلى عليه» «۵»، و من المعلوم: أنّ ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به.

لكن الإنصاف: أنّه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع «۶» المعتضد «۷» بالشهرة و «۸» اشتهار التمسّك بالآية حتّى أُسند فى كنز العرفان إلى الفقهاء «۹»، و فى غيره إلى أصحابنا «۱۰» لم يكن ما ذكروه من الأدلّة خالياً عن الإشكال فى الدلالة.

أمّا حكاية قياس الابتداء على الاستدامة «١١»، فغاية توجيهه: أنّ

(١) النساء: ١٤١.

(٢) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى سائر النسخ: عليه.

(٣) منهـا عـدم جواز إعـارة العبـد المسـلم للكافر، و منها عـدم ولايـة الكافر على المسـلم، و غيرهما ممّا يقف عليها المتتبّع. انظر جامع المقاصد ۴: ۵۶، و ١٢: ١٠٧.

(۴) كما فى المبسوط ٢: ۴۶، و جامع المقاصد ٣: ۴۶٣.

(۵) الوسائل ١٧: ٣٧۶، الباب الأوّل من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

(۶) المتقدّم عن الغنية فى الصفحة السابقة.

(٧) فى «ص»: المعتضدة.

(٨) كذا فى «خ» و مصحّحة «ص»، و فى سائر النسخ بدل «واو»: أو.

(٩) كنز العرفان ٢: ۴۴.

(١٠) كما فى زبدة البيان: ۴٣٩، و فيه: و احتجّ به أصحابنا.

(١١) يعنى الدليل الأوّل ممّا استدلّ به للمشهور.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٨٣

المسـتفاد من منع الشـارع عن اسـتدامته عـدم رضـاه بأصل وجوده حـدوثاً و بقاءً، من غير مدخليّـة لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزالة النجاسة عن المسجد؛ فإنّه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال.

لكن يرد عليه: أنّ هـذا إنّما يقتضـى كون عدم «١» الرضا بالحـدوث على نهـج عـدم الرضا بالبقاء، و من المعلوم: أنّ عدم رضاه بالبقاء مجرّد تكليفٍ بعـدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه، و ليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتّى يكون العبد المسـلم خارجاً بنفسه شـرعاً عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه، فلا يدلّ على عدم إمضائه لدخوله فى ملكه ليثبت بذلك الفساد.

و الحاصل: أنّ دلالـة النهى عن الإدخال فى الملك، تابعـة لدلالـة النهى عن الإبقاء، فى الدلالـة على إمضاء الشارع لآثار المنهىّ عنه و عدمه، و المفروض انتفاء الدلالة فى المتبوع.

و ممّا ذكرنا يندفع التمسّك للمطلب بالنصّ الوارد فى عبدٍ كافر أسلم، فقال أمير المؤمنين عليه السـلام: «اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقرّوه عنده» «٢»؛ بناء على أنّ تخصـيص البيع بالمسلمين فى مقام البيان و الاحتراز يدلّ على المنع من بيعه من الكافر، فيفسد.

توضيح الاندفاع: أنّ التخصيص بالمسلمين إنّما هو من جهة أنّ

(١) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن» و «خ»، و فى سائر النسخ: عدم كون.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٨٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع، الحديث الأوّل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٨۴

الـداعى على الأـمر بالبيع هى إزالـة ملك الكافر و النهى عن إبقائه عنـده «١»، و هى لاـ تحصـل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصـيص المأمور به لاختصاص مورد الصحّة به، بل لأنّ الغرض من الأمر لا يحصل إلّا به، فافهم.

و أمّا الآية: فباب الخدشة فيها واسع:

تارةً: من جهة دلالتها فى نفسها و لو بقرينة سياقها الآبى عن التخصيص، فلا بدّ من حملها «۲» على معنى لا يتحقّق فيه تخصيص، أو بقرينة ما قبلها «۳» الدالّة على إرادة أنّ «۴» نفى الجعل فى الآخرة.

و أُخرى: من حيث تفسيرها فى بعض الأخبار بنفى الحجّة للكفّار على المؤمنين، و هو ما روى فى العيون، عن أبى الحسن عليه السلام، ردّاً على من زعم أنّ المراد بها نفى تقدير اللّه سبحانه بمقتضى الأسباب العاديّة «۵» تسلّط الكفّار على المؤمنين، حتّى أنكروا لهذا المعنى الفاسد الذى لا يتوهّمه ذو مسكة أنّ الحسين بن على عليهما السلام «۶» لم يقتل، بل

---

(۱) عبارة «و النهى عن إبقائه عنده» لم ترد فى «ف»، و الظاهر زيادتها، لأنّه لا معنى لأن يكون النهى عن الإبقاء داعياً على الأمر بالبيع، قال الشهيدى: المناسب تقديم هذه الجملة على قوله «هى إزالة ملك الكافر»، و لعلّها مقدّمة فى أصل النسخة و الاشتباه من النسّاخ (هداية الطالب: ۳۳۷).

(۲) فى غير «ش»: «حمله»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

(۳) و هو قوله تعالى «فَاللّٰهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيٰامَةِ»، النساء: ۱۴۱.

(۴) لم ترد «أنّ» فى «ش».

(۵) عيون أخبار الرضا عليه السلام ۲: ۲۰۳، الباب ۴۶، الحديث ۵، و عنه البحار ۴۴: ۲۷۱، الحديث ۴.

(۶) فى «ف»: صلوات اللّه على رسوله و عليهما و على أولادهما.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۸۵

شبّه لهم و رُفع كعيسى على نبيّنا و آله و عليه السلام.

و تعميم الحجّة على معنى يشمل الملكيّة، و «۱» تعميم السبيل «۲» على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلّف.

و ثالثةً: من حيث تعارض عموم الآية مع عموم ما دلّ على صحّة البيع «۳»، و وجوب الوفاء بالعقود «۴»، و حِلّ أكل المال بالتجارة «۵»، و تسلّط الناس على أموالهم «۶»، و حكومة الآية عليها غير معلومة.

و إباء سياق الآية عن التخصيص مع وجوب الالتزام به فى طرف الاستدامة، و فى كثير من الفروع فى الابتداء «۷»، يقرّب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكيّة، بأن يراد من السبيل السلطنة، فيحكم بتحقّق الملك و عدم تحقّق السلطنة، بل يكون محجوراً عليه مجبوراً على بيعه.

و هذا و إن اقتضى «۸» التقييد فى إطلاق ما دلّ على استقلال الناس

---

(۱) فى «ش» بدل «واو»: أو.

(۲) فى غير «ش»: «الجعل»، و لكن صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

(۳) مثل «أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ»، البقرة: ۲۷۵.

(۴) المائدة: ۱.

(۵) النساء: ۲۹.

(۶) راجع عوالى اللآلى ۱: ۲۲۲، الحديث ۹۹.

(۷) قال المامقانى قدّس سرّه: الظاهر أنّه أشار بذلك إلى الملك القهرى كالإرث، و من غير القهرى مثل بيعه على من ينعتق عليه، و مثل ما لو قال الكافر للمسلم: أعتق عبدك عنّى، و مثل ما لو اشترط عند بيعه على الكافر عتقه. (غاية الآمال: ۴۲۳).

(۸) كذا فى «ش»، و فى غيرها: «اقتضت»، و صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۵۸۶

فى أموالهم و عدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظة وقوع مثله كثيراً فى موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص فى الآية المسوقة لبيان أنّ الجعل شي‌ءٌ لم يكن و لن يكون، و أنّ نفى الجعل ناشٍ عن احترام المؤمن الذى لا يقيّد بحال دون حال.

هذا، مضافاً إلى أنّ استصحاب الصحّة فى بعض المقامات يقتضى الصحّة، كما إذا كان الكافر مسبوقاً بالإسلام بناءً على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام أو كان العبد مسبوقاً بالكفر، فيثبت فى غيره بعدم الفصل، و لا يعارضه أصالة الفساد فى غير هذه الموارد؛ لأنّ استصحاب الصحّة مقدّم عليها، فتأمّل.

ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا فرق بين البيع و أنواع التمليكات كالهبة و الوصيّة.

[تمليك منافع المسلم من الكافر]

و أمّا تمليك المنافع، ففى الجواز مطلقاً كما يظهر من التذكرة «۱»، و مقرّب النهاية «۲»، بل ظاهر المحكى عن الخلاف «۳»، أو مع وقوع الإجارة على الذمّة كما عن الحواشى «۴» و جامع المقاصد «۵» و المسالك «۶»، أو مع كون

---

(۱) راجع التذكرة ۱: ۴۶۳، الفرع الخامس.

(۲) نهاية الإحكام ۲: ۴۵۷.

(۳) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۸، و راجع الخلاف ۳: ۱۹۰، كتاب البيوع، المسألة ۳۱۹.

(۴) لا يوجد لدينا، و لكن حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۸.

(۵) جامع المقاصد ۴: ۶۳.

(۶) المسالك ۳: ۱۶۷.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج‌۳، ص: ۵۸۷

المسلم الأجير حرّا كما عن ظاهر الدروس «۱»، أو المنع مطلقاً كما هو ظاهر القواعد «۲» و محكيّ الإيضاح «۳»، أقوال:

أظهرها الثانى، فإنّه كالدين ليس ذلك سبيلًا، فيجوز.

و لا فرق بين الحرّ و العبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير: كالتذكرة «۴» و حواشى الشهيد «۵» و جامع المقاصد «۶»، بل ظاهر المحكيّ عن الخلاف: نفى الخلاف فيه، حيث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل فى الذمّة صحّ بلا خلاف، و إذا استأجره مدّة من الزمان شهراً أو سنة ليعمل عملًا صحّ أيضاً عندنا «۷»، انتهى.

و ادّعى فى الإيضاح: أنّه لم ينقل من الأُمّة فرق بين الدين و بين الثابت فى الذمّة بالاستئجار «۸».

خلافاً للقواعد «۹» و ظاهر الإيضاح «۱۰»، فالمنع مطلقاً؛ لكونه سبيلًا.

---

(۱) عبارة «كما عن ظاهر الدروس» لم ترد فى «ف»، و شطب عليها فى «ن»، انظر الدروس ۳: ۱۹۹.

(۲) القواعد ۱: ۱۲۴.

(۳) عبارة «كما هو ظاهر القواعد و محكيّ الإيضاح» لم ترد فى «ف»، و شطب عليها فى «ن»، راجع إيضاح الفوائد ۱: ۴۱۳.

(۴) راجع الصفحة السابقة.

(۵) تقدّم نقله عن مفتاح الكرامة فى الصفحة السابقة.

(۶) جامع المقاصد ۴: ۶۳.

(٧) تقدّم عنه فى الصفحة السابقة.

(٨) إيضاح الفوائد ١: ۴۱۳.

(٩) القواعد ١: ١٢۴.

(١٠) إيضاح الفوائد ١: ۴۱۳.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵۸۸

و ظاهر الدروس: التفصيل «١» بين العبد و الحرّ، فيجوز فى الثانى دون الأوّل، حيث ذكر بعد أن منع إجارة العبد المسلم الكافر مطلقاً، قال: و جوّزها الفاضل، و الظاهر أنّه أراد إجارة الحرّ المسلم «٢»، انتهى.

و فيه نظر؛ لأنّ ظاهر الفاضل فى التذكرة: جواز إجارة العبد المسلم مطلقاً و لو كانت على العين.

نعم، يمكن توجيه الفرق بأنّ يد المستأجر على الملك الذى مَلِك منفعته، بخلاف الحرّ؛ فإنّه لا يثبت للمستأجر يد عليه و لا على منفعته، خصوصاً لو قلنا بأنّ إجارة الحرّ تمليك الانتفاع لا المنفعة، فتأمّل.

[ارتهان العبد المسلم عند الكافر]

و أمّا الارتهان عند الكافر، ففى جوازه مطلقاً، كما عن ظاهر نهاية الإحكام «٣»، أو المنع، كما فى القواعد «۴» و الإيضاح «۵»، أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعاه عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط «۶» و القواعد «٧» و الإيضاح فى كتاب الرهن «٨» و الدروس «٩» و جامع

---

(١) فى غير «ش»: «تفصيل»، لكن صحّحت فى «خ» بما أثبتناه.

(٢) الدروس ٣: ١٩٩.

(٣) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ١٧٩.

(۴) القواعد ١: ١٢۴.

(۵) إيضاح الفوائد ١: ۴۱۳.

(۶) المبسوط ٢: ٢٣٢.

(٧) القواعد ١: ١۵٨ ١۵٩.

(٨) إيضاح الفوائد ٢: ١١.

(٩) الدروس ٣: ٣٩٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵۸۹

المقاصد «١» و المسالك «٢»، أو التردّد كما عن «٣» التذكرة «۴»، وجوه:

أقواها الثالث؛ لأنّ استحقاق الكافر لكون المسلم فى يده سبيل، بخلاف استحقاقه لأخذ حقّه من ثمنه.

[إعارة العبد المسلم و إيداعه من الكافر]

و أمّا إعارته من كافر، فلا يبعد المنع، وفاقاً لعارية القواعد «۵» و جامع المقاصد «۶» و المسالك «٧»، بل عن حواشى الشهيد رحمه اللّه: أنّ الإعارة و الإيداع أقوى منعاً من الارتهان «٨».

و هو حسن فى العارية؛ لأنّها تسليط على الانتفاع، فيكون سبيلًا و علوّاً، و محلّ نظر فى الوديعة؛ لأنّ التسليط على الحفظ و جعل نظره

إليه مشترك بين الرهن و الوديعة، مع زيادة في الرهن التي قيل من أجلها بالمنع «۹» و هي التسلّط على منع المالك عن التصرّف فيه إلّا بإذنه و تسلّطه على إلزام المالك ببيعه.

---

(۱) جامع المقاصد ۴: ۶۳، و ۵: ۵۱.

(۲) المسالك ۴: ۲۴.

(۳) في «ش» بدل «عن»: في.

(۴) لم نقف على من حكاه عن التذكرة، بل المحكي عنه في مفتاح الكرامة (۴: ۱۷۹) و (۵: ۸۳) هو المنع، نعم جاء في مفتاح الكرامة (۴: ۱۷۹): في التذكرة: «فيه وجهان للشافعي»، انظر التذكرة ۲: ۱۹، الشرط الثالث.

(۵) القواعد ۱: ۱۹۱.

(۶) جامع المقاصد ۴: ۶۵.

(۷) المسالك ۳: ۱۶۷.

(۸) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ۴: ۱۸۰.

(۹) لم نقف على القائل.

و قد صرّح في التذكرة بالجواز في كليهما «۱».

و ممّا ذكرنا يظهر عدم صحّة وقف الكافر عبدَه المسلم على أهل ملّته.

[الظاهر من الكافر]

ثمّ إنّ الظاهر من الكافر: كلّ من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلاة و المرتدّ غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد في زمان نزول الآية؛ و لذا استدلّ الحنفيّة «۲» على ما حكي عنهم «۳» على حصول «۴» البينونة بارتداد الزوج «۵».

و هل يلحق بذلك أطفال الكفّار؟ فيه إشكال، و يعمّ «المسلم» المخالف؛ لأنّه مسلم فيعلو و لا يُعلى عليه.

و المؤمن في زمان نزول آية «نفي السبيل» لم يُرَد به إلّا المقرّ بالشهادتين، و نفيه عن الأعراب الذين قالوا: «آمنّا» بقوله تعالى «۶» وَ لَمّا يَدْخُلِ الْإِيمانُ فِي قُلُوبِكُمْ «۷» إنّما كان لعدم اعتقادهم بما أقرّوا، فالمراد بالإسلام هنا: أن يُسلم نفسه للّه و رسوله في الظاهر لا الباطن،

---

(۱) التذكرة ۱: ۴۶۳.

(۲) في مصحّحة «ص» زيادة «بالآية».

(۳) في هامش «ن» زيادة: ب «لن يجعل».

(۴) كذا في «ش» و مصحّحة «خ»، و في سائر النسخ: «بحصول»، إلّا أنّها صحّحت في بعض النسخ بما أثبتناه، و في بعضها ب «لحصول».

(۵) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ۴: ۲۲۳.

(۶) عبارة «بقوله تعالى» من «ش»، و استدركت في هامش «ن» أيضاً.

(۷) الحجرات: ۱۴.

بل قوله تعالى وَ لَمّا يَدْخُلِ الْإِيمانُ فِي قُلُوبِكُمْ دلّ على أنّ ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيماناً فى خارج القلب.

و الحاصل: أنّ الإسلام و الإيمان فى زمان الآية كانا بمعنى واحد، و أمّا ما دلّ على كفر المخالف بواسطة إنكار الولاية «۱»، فهو لا يقاوم بظاهره، لما دلّ على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم: من التناكح و التوارث، و حقن الدماء، و عصمة الأموال، و أنّ الإسلام ما عليه جمهور الناس «۲».

ففى رواية حمران بن أعين: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «الإيمان ما استقرّ فى القلب، و أفضى به إلى اللّه تعالى و صدّقه العمل بالطاعة للّه و التسليم لأمر اللّه، و الإسلام ما ظهر من قول أو «۳» فعل، و هو الذى عليه جماعة الناس من الفرق كلّها، و به حقنت الدماء، و عليه جرت المواريث، و جاز «۴» النكاح، و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحجّ فخرجوا بذلك من الكفر و أُضيفوا إلى الإيمان .. إلى أن

---

(۱) يدلّ عليه ما فى الوسائل ۱: ۱۵۸، الباب ۱۱ من أبواب الماء المضاف، و ما ورد فى كتاب الحجّة من الكافى، انظر الكافى ۱: ۱۸۷، الحديث ۱۱، و ۴۲۶، الحديث ۷۴، و ۴۳۷، الحديث ۷.

(۲) يدلّ عليه ما فى الكافى ۲: ۲۵ ۲۶، الحديث ۱ و ۳، و الوسائل ۱۴: ۴۳۳، الباب ۱۲ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه، الحديث الأوّل.

(۳) كذا فى «ص» و الكافى، و فى سائر النسخ: «و».

(۴) فى النسخ: «جازت»، و الصواب ما أثبتناه من الكافى و مصحّحة «ص».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۹۲

قال: فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك؟ قال: لا، إنّهما «۱» يجريان فى ذلك مجرى واحد، و لكن للمؤمن فضل على المسلم فى إعمالهما، و ما يتقرّبان به إلى اللّه تعالى» «۲».

[بيع العبد المؤمن من المخالف]

و من جميع ما ذكرنا ظهر: أنّه لا بأس ببيع المسلم من المخالف و لو كان جارية، إلّا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف؛ لأخبار دلّت على ذلك «۳»، فإنّ فحواها يدلّ على المنع من بيع الجارية المؤمنة، لكن الأقوى عدم التحريم.

[موارد جواز تملك الكافر للعبد المسلم]

اشارة

ثمّ إنّه قد استثنى من عدم جواز تملّك الكافر للعبد المسلم مواضع:

منها: ما إذا كان الشراء مستعقباً للانعتاق،

بأن يكون ممّن ينعتق على الكافر قهراً واقعاً كالأقارب، أو ظاهراً كمن أقرّ بحرّية مسلم ثمّ اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: أعتق عبدك عنّى بكذا، فأعتقه. ذكر ذلك العلّامة فى التذكرة «۴»، و تبعه «۵» جامع المقاصد «۶» و المسالك «۷».

---

(۱) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: «لا، بل هما»، و فى الكافى: لا هما.

(۲) الكافى ۲: ۲۶، الحديث ۵.

(۳) راجع الوسائل ۱۴: ۴۲۳، الباب ۱۰ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه.

(۴) التذكرة ۱: ۴۶۳.

(۵) فى «ف» بدل «و تبعه»: و المحقّق فى.

(۶) جامع المقاصد ۴: ۶۲ ۶۳.

(۷) المسالک ۳: ۱۶۷.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۹۳

و الوجه فى الأوّل واضح، وفاقاً للمحكىّ عن الفقيه «۱» و النهاية «۲» و السرائر مدّعياً عليه الإجماع «۳» و المتأخّرين كافّة «۴»؛ فإنّ مجرّد الملكيّة الغير المستقرّة لا يعدّ سبيلًا، بل لم يعتبر الملكيّة إلّا مقدّمة للانعتاق.

خلافاً للمحكى عن المبسوط «۵» و القاضى «۶»، فمنعاه؛ لأنّ الكافر لا يملک حتّى ينعتق؛ لأنّ التملّک بمجرّده سبيل، و السيادة علوّ.

إلّا أنّ الإنصاف: أنّ السلطنة غير متحقّقة فى الخارج، و مجرّد الإقدام على شرائه لينعتق، منّةٌ من الكافر على المسلم، لكنّها غير منفيّة «۷».

و أمّا الثانى، فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصدق و الكذب؛ لثبوت الخلل: إمّا فى المبيع لكونه حرّا، أو فى المشترى لكونه

---

(۱) لم نقف على من حكاه عن الفقيه، نعم حكى ذلک عن المقنعة صاحب الجواهر فى الجواهر ۲۲: ۳۴۰، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۷، و انظر المقنعة: ۵۹۹.

(۲) حكى ذلک فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۷، و الجواهر ۲۲: ۳۴۰، و انظر النهاية: ۴۰۸ و ۵۴۰.

(۳) حكى ذلک فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۷، و الجواهر ۲۲: ۳۴۰، و انظر السرائر ۲: ۳۴۳، و ۳: ۷.

(۴) حكى ذلک فى مفتاح الكرامة ۴: ۱۷۷، و الجواهر ۲۲: ۳۴۰.

(۵) المبسوط ۲: ۱۶۸، و حكاه عنه و عن القاضى، العلّامة فى المختلف ۵: ۵۹.

(۶) راجع جواهر الفقه: ۶۰، المسألة ۲۲۲.

(۷) عبارة «إلّا أنّ الإنصاف إلى غير منفيّة» لم ترد فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۹۴

كافراً، فلا يُتصوّر صورة صحيحة لشراء من أقرّ بانعتاقه، إلّا أن نمنع «۱» اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى، فتأمّل.

و أمّا الثالث، فالمحكىّ عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع «۲»؛ لما ذكر فى الأوّل.

و منها: ما لو اشترط البائع عتقه،

فإنّ الجواز هنا محكىّ عن الدروس «۳» و الروضة «۴»، و فيه نظر؛ فإنّ ملكيّته قبل الإعتاق سبيل و علوّ، بل التحقيق: أنّه لا فرق بين هذا، و بين إجباره على بيعه، فى عدم انتفاء السبيل بمجرّد ذلک.

و الحاصل: أنّ «السبيل» فيه ثلاثة احتمالات كما عن حواشى الشهيد «۵»-:

مجرّد الملک «۶»، و يترتّب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحريّة.

و الملک المستقرّ و لو بالقابليّة، كمشروط العتق، و يترتّب عليه استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق.

---

(۱) فى «ش» و «خ»: يمنع.

(٢) المبسوط ٢: ١٦٨، و الخلاف ٣: ١٩٠، كتاب البيوع، المسألة ٣١٧، و حكى ذلك عنهما السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ١٧٧.

(٣) الدروس ٣: ١٩٩.

(۴) الروضة البهية ٣: ٢۴۴.

(۵) لا يوجد لدينا، نعم حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ١٧٨.

(۶) فى «ش»: الملكية.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٩۵

و المستقرّ فعلًا، و يترتّب عليه استثناء الجميع.

و خير الأُمور أوسطها.

[حكم تملك الكافر للمسلم قهرا]

ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه حكم ابتداء تملّك الكافر للمسلم «١» اختياراً، أمّا التملّك القهرى فيجوز ابتداءً، كما لو ورثه الكافر «٢» من كافر اجبر على البيع، فمات قبله، فإنّه لا- ينعتق عليه و لا- على الكافر الميّت؛ لأصالة بقاء رقّيته، بعد تعارض دليل نفى السبيل و عموم أدلّة الإرث.

لكن لا يثبت بهذا الأصل «٣» تملّك الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام عليه السلام، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلّة؛ ضرورة أنّه إذا نُفى إرث الكافر بآية نفى السبيل، كان الميّت بالنسبة إلى هذا المال ممّن لا وارث له فيرثه الإمام عليه السلام.

و بهذا التقرير يندفع ما يقال: إنّ إرث الإمام عليه السلام منافٍ لعموم أدلّة ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنّه إذا كان مقتضى نفى السبيل عدمَ إرث الكافر، يتحقّق نفى الوارث الذى هو مورد إرث الإمام عليه السلام، فإنّ الممنوع من الإرث كغير الوارث.

---

(١) فى «ش»: المسلم.

(٢) فى النسخ زيادة: «أو»، و لكن شطب عليها فى «ن»، «خ» و «ص».

(٣) كذا فى «ش»، و العبارة فى «ف» هكذا: «لكن لمّا ثبت فى الأصل»، و فى سائر النسخ: «لكن لا يثبت بها لأصل»، إلّا أنّها صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه، و فى «ص»: «لا يثبت بها أصل».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٩۶

فالعمدة فى المسألة: ظهور الاتّفاق المدّعى صريحاً فى جامع المقاصد «١».

ثمّ هل يلحق بالإرث كلّ مِلك قهريّ، أو لا يلحق، أو يفرّق بين ما كان سببه اختيارياً و «٢» غيره؟ وجوه، خيرها: أوسطها، ثمّ أخيرها.

[عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]

ثمّ إنّه لا إشكال و لا خلاف فى أنّه لا يقرّ المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه؛ لقوله عليه السلام فى عبدٍ كافرٍ أسلم: «اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا إليه ثمنه و لا تقرّوه عنده» «٣».

و منه يعلم: أنّه لو لم يبعه باعه الحاكم، و يحتمل أن يكون ولاية البيع للحاكم مطلقاً؛ لكون المالك غير قابل للسلطنة على هذا المال غاية الأمر أنّه دلّ النصّ و الفتوى على تملّكه له و لذا ذكر فيها «۴»: أنّه يباع عليه «۵»، بل صرّح فخر الدين قدّس سرّه فى الإيضاح بزوال ملك السيّد عنه، و يبقى له حقّ استيفاء الثمن منه «۶». و هو مخالف لظاهر النصّ و الفتوى، كما عرفت.

(١) جامع المقاصد ۴: ۶٣.

(٢) كذا فى «ف» و مصحّحة «ن»، و فى غيرهما: أو.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٨٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع.

(۴) كلمة «فيها» من «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و لم ترد فى سائر النسخ، و الأنسب: فيهما.

(۵) انظر المختلف ۵: ۵۹، و الدروس ٣: ١٩٩، و الروضة البهيّة ٣: ٢۴۵، و غيرها.

(۶) إيضاح الفوائد ١: ۴١۴.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٩٧

و كيف كان، فإذا تولّاه المالك بنفسه «١»، فالظاهر أنّه لا خيار له و لا عليه، وفاقاً للمحكىّ عن الحواشى فى خيار المجلس و الشرط «٢»؛ لأنّه إحداث ملك فينتفى؛ لعموم «٣» نفى السبيل؛ لتقديمه على أدلّة الخيار كما يقدّم على أدلّة البيع.

و يمكن أن يبتنى على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد؟ فإن قلنا بالأوّل، ثبت الخيار؛ لأنّ فسخ العقد يجعل الملكيّة السابقة كأن لم تزل، و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكيّة الحاصلة غير «۴» السابقة، فإنّ الشارع لم يمضها. لكن هذا المبنى ليس بشىء؛ لوجوب الاقتصار فى تخصيص نفى السبيل على المتيقّن.

نعم، يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيباً.

و يشكل فى الخيارات الناشئة عن الضرر؛ من جهة قوّة أدلّة نفى الضرر، فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرّر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرّر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفره الموجب لعدم قابليّته تملّك المسلم إلّا فيما خرج بالنصّ.

و يظهر ممّا ذكرنا، حكم الرجوع فى العقد الجائز، كالهبة.

(١) عبارة «فإذا تولّاه المالك بنفسه» لم ترد فى «ف».

(٢) حواشى الشهيد (مخطوط) و لا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ۴: ١٨٠.

(٣) فى مصحّحة «ن»: بعموم.

(۴) لم ترد «غير» فى «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج٣، ص: ۵٩٨

و خالف فى ذلك كلّه جامع المقاصد، فحكم بثبوت الخيار و الردّ بالعيب تبعاً للدروس «١» قال: لأنّ العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبداً مسلماً لكافر؛ لانتفاء المقتضى؛ لأنّ نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه، فعلى هذا، لو كان البيع معاطاة فهى على حكمها، و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها.

نعم لا يبعد أن يقال: للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسببٍ ناقلٍ يمنع الرجوع إذا «٢» لم يلزم منه تخسير للمال «٣»، انتهى.

و فيما ذكره «۴» نظر؛ لأنّ نفى السبيل لا يخرج منه إلّا الملك الابتدائى، و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ، و استلزام البيع للخيارات ليس عقلياً، بل تابع لدليله الذى هو أضعف من دليل صحّة العقد الذى خصّ بنفى السبيل، فهذا «۵» أولى بالتخصيص به، مع أنّه على تقدير المقاومة يرجع إلى أصالة الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع، فتأمّل.

و أمّا ما ذكره أخيراً بقوله: «لا يبعد» ففيه: أنّ إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون «۶» خروج المسلم من

(۱) الدروس ۳: ۱۹۹.

(۲) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ بدل «إذا»: «و».

(۳) جامع المقاصد ۴: ۶۵.

(۴) فى «ص»: ذكرا.

(۵) فى «ف»: فهو.

(۶) فى «ف»: ليكون.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۵۹۹

ملك الكافر إلى ملك المسلم «۱» بمنزلة التصرّف «۲» المانع من الفسخ و الرجوع.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ ما ذكره فى القواعد من قوله قدّس سرّه: و لو باعه من مسلم «۳» بثوب ثمّ وجد فى الثمن «۴» عيباً، جاز ردّ الثمن «۵»، و هل يستردّ العبد أو القيمة؟ فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملّكاً للمسلم اختياراً، و «۶» من كون الردّ بالعيب موضوعاً على القهر كالإرث «۷»، انتهى محلّ تأمّل، إلّا أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّة الخيار، و نفى السبيل: ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة، فيكون نفى السبيل مانعاً شرعيّاً من استرداد المثمن «۸»، كنقل المبيع فى زمن الخيار، و كالتلف الذى هو مانع عقلىّ.

و هو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرّد استحقاق الكافر للمسلم

---

(۱) فى «ف»: مسلم.

(۲) فى غير «ف» و مصحّحة «ن»، «م» و «ص» زيادة: التصرّف.

(۳) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: «و لو باعه المسلم»، و فى مصحّحة «ص»: و لو باعه لمسلم.

(۴) فى نسخة بدل «ش»: الثوب.

(۵) فى نسخة بدل «ن» و «ش»: الثوب.

(۶) عبارة «ينشأ من كون الاسترداد تملّكاً للمسلم اختياراً و» من «ش» و المصدر، و لم ترد فى سائر النسخ، و استدركه مصحّح «ن» فى الهامش، و قال: كذا فى نسخة من القواعد.

(۷) القواعد ۱: ۱۲۴.

(۸) فى غير «ش» و مصحّحة «ن»: الثمن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۰۰

المنكشف باستحقاق بدله؛ و لذا حكموا بسقوط الخيار فى من ينعتق على المشترى «۱»، فتأمّل.

---

(۱) راجع مفتاح الكرامة ۴: ۵۴۸، و الجواهر ۲۳: ۱۸، و نسب فى الحدائق ۱۹: ۱۶ سقوط خيار المشترى إلى المشهور.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج۳، ص: ۶۰۱

مسألة المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر،

ذكره الشيخ «۱» و المحقّق «۲» فى الجهاد، و العلّامة فى كتبه «۳» و جمهور من تأخّر عنه «۴».

و عن الإسكافى أنّه قال: و لا أختار أن يرهن الكافر مصحفاً، و ما يجب «۵» على المسلم تعظيمه، و لا صغيراً من الأطفال «۶»، انتهى.

و استدلّوا «۷» عليه بوجوب احترام المصحف، و فحوى المنع من بيع

(۱) المبسوط ۲: ۶۲.

(۲) الشرائع ۱: ۳۳۴.

(۳) التذکرة ۱: ۴۶۳، و القواعد ۱: ۱۲۴، و نهایة الإحکام ۲: ۴۵۶، و الإرشاد ۱: ۳۶۰.

(۴) منهم الشهیدان فی الدروس ۳: ۱۹۹، و المسالک ۳: ۱۶۶، و اللمعة الدمشقیة و شرحها (الروضة البهیّة) ۳: ۲۴۳، و المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة ۸: ۱۶۱، و انظر مفتاح الکرامة ۴: ۸۳ و ۱۷۶.

(۵) فی غیر «ش»: أو ما یجب.

(۶) حکاه عنه العلّامة فی المختلف ۵: ۴۲۲.

(۷) فقد استدلّ بالأوّل الشیخ فی المبسوط ۲: ۶۲، و المحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائدة ۸: ۱۶۱، و استدلّ بالثانی صاحب الجواهر فی الجواهر ۲۲: ۳۳۸ ۳۳۹.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۶۰۲

العبد المسلم من الکافر.

و ما ذکروه حسن و إن کان وجهه لا یخلو عن تأمّل أو منع.

و فی إلحاق الأحادیث النبویّة بالمصحف کما صرّح به فی المبسوط «۱» و الکراهة کما هو صریح الشرائع «۲»، و نسبه الصیمری إلی المشهور «۳»، قولان، تردّد بینهما العلّامة فی التذکرة «۴».

و لا یبعد أن یکون الأحادیث المنسوبة إلی النبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلم من طرق الآحاد، حکمها حکم ما علم صدوره منه صلّی اللّه علیه و آله و سلم، و إن کان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلم المعلوم صدورها عنه صلّی اللّه علیه و آله و سلم.

و کیف کان، فحکم أحادیث الأئمة صلوات اللّه علیهم حکم أحادیث النبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلم.

(۱) المبسوط ۲: ۶۲.

(۲) الشرائع ۱: ۳۳۵.

(۳) غایة المرام (مخطوط): ۲۶۸، و فیه بعد نقل المنع عن الشیخ-: و المشهور الکراهیة؛ لأصالة الجواز، و لأنّ حرمتها أقلّ من حرمة المصاحف فلا یتعدّی حکم المصاحف إلیها.

(۴) التذکرة ۱: ۴۶۳.

کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج۳، ص: ۶۰۳

تمّ الجزء الثالث و یلیه الجزء الرابع و أوّله القول فی شرائط العوضین

دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ ه ق

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم

جاهِدُوا بِأَمْوالِكَمْ وَ أَنْفُسِكَمْ فی سَبيلِ اللَّهِ ذلِكَمْ خَيْرٌ لَكَمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بْنُ موسَی الرِّضا – علَيهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فی تلخيص بحار الأنوار، للعلّامة فيض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُيونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّيخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائميّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إيرانَ: الشهيد آية الله "الشمس آباذی" – "رَحِمَهُ اللهُ – كان أحداً من جَهابذة هذه المدينة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَغَفِهِ بأهل بَيت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَيهِم) و لاسيَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (عليه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّريفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درايته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجريّة الشمسيّة (=۱۳۸۰ الهجريّة القمريّة)، مؤسَّسةً و طريقةً لم يَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ كلَّ يوم.

مركز "القائميّة" للتحرّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إيرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطَتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجريّة القمريّة) تحتَ عناية سماحة آية الله الحاجّ السيّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّيجی الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دينيّة، ثقافيّة و علميّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثَقافة الثَّقَلَين (كتاب الله و اهل البيت عليهمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزيز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلی التّحَرّی الأدَقّ للمسائل الدّينيّة، تخليف المطالب النّافعة – مكانَ البَلاتيثِ المبتذلة أو الرّديئة – فی المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوتريّة)، تمهيد أرضيّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافيّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البيت –عليهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِجِ العلوم الإسلاميّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشُّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعيّة: التی يُمكِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، علی أنّه يُمكِن تسريعُ إبراز المَرافِق و التسهيلاتِ – فی آكناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلاميّة و الإيرانيّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبة، نشرة شهريّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقيقيّة و مكتبية، قابلة للتشغيل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائميّة" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخَرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضيّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسيم النظام التلقائیّ و اليدویّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراكزَ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العِظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع "ما قبلَ المدرسة" الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّی (حضوراً و افتراضاً) طيلة السَّنَةِ

المكتب الرّئيسیّ: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيّد/ "ما بينَ شارع "پنج رَمَضان "ومُفترَق "وفائی/"بناية"القائميّة"

تاريخ التّأسيس: ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجرية القمريّة)

رقم التسجيل: ۲۳۷۳

الهویّة الوطنیّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البرید الالکترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاکس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مکتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِّجاریّة و المَبیعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمین ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

المیزانیّة الحالیّة لهذا المرکز، شَعبیّة، تبرّعیّة، غیر حکومیّة، و غیر ربحیّة، اقتُنِیَت باهتمام جمع من الخیّرین؛ لکنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزاید و المتّسِعَ للامور الدّینیّة و العلمیّة الحالیّة و مشاریع التوسعة الثّقافیّة؛ لهذا فقد ترجَّی هذا المرکزُ صاحِبَ هذا البیتِ (المُسمَّی بالقائمیّة) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سماحة بقیّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفِّقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التّمکّن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفیق.